✠

FEE DE ERRATAS.

PAg. 7. lin. 18. depencencias: lee *dependencias*. Pag. 9. lin. 29. peligro lee *pliego*. Pag. 11. lin. 3. Legatorio: lee *Legatario*. Pag. 41. lin. 7. Judais: lee *Judeis*. Pag. 45. lin. 4. ruegen: lee *rueguen*. Pag. 50. lin. 7. dè deve dar; lee *que debe dar*. Idem lin. 20 conformata. lee *confirmata*. Pag. 52. lin. 2. quedaria; lee *queria*. Pag. 54. lin. 7. translacion lee *transacion*: Pag. 60. lin. 13. parece lee *pareciò*: Pag. 61. Lin. 3. Calores: lee *Vapores*. Pag. 63. lin. 24. ſolicita; leè *ſolo cita*. Pag. 69. Lin. 28. caius lee *cuyos*. Pag. 71. lin. 6. relevado: lee *revelado*. Idem lin 14. contaba: lee *conſtaba*. Idem lin. 24. ſucceſuris. leè *ſuceſionis*. Idem in fine. convirtiſe: le *convirtieſſe*. Pag. 72. lin. 16. nam. lee *non*. Pag. 74. lin. 16. ſiguenſe lee *ſigueſe*. Pag. 79. lin. 22. perentezco: lee *parenteſco*: Cita 97. lin. 3. aſe. lee *aſſe*: cita 89. lin. 1. tit. lee *tit*. 1. Pag. 88. lin. 6. y porque ſe; lee *y porque no ſe*. Pag. 90. lin. 2. fecultatem. lee *facultatem*. Pag. 96. lin. 1. ignotante; lee *ignorante*. Pag. 98. lin. 14. Hrquicia: lee *Herquicia*. Cita 105. in fine infring. lee *infirm*. Cita 128. in principio legis lee *Lege*. Cita 137. lin 6. calumn. lee *columm*. Pag. 101. lin. 3. importara lee *impoſtura*. Pag. 108. conſtantis lee *conſtantie*.

TABLA DE LOS PUNTOS QUE ſe contienen en eſta Defenſa.

DEFENSA EN DERECHO
POR PARTE
DE DOÑA JUANA YGNACIA DE HERQUICIA Quevedo y Zeballos, Viuda de Don Nicolas de Ribera.

EN RESPUESTA.

DE EL MANUSCRITO QUE REPARTIO DON JOSEPH GOmez Moreno, Theſorero de las Reales Cajas de la Ciudad de Piura, en 12 de Mayo de 1765,

PARA

QUE SE REVOQUE (HABLANDO CON EL MAS reverente reſpeto) la Sentencia de Viſta pronunciada por la Real Audiencia de los Reyes, en 5. de Junio de 1765, y ſe declare por legitimo, y ſubſiſtente el ultimo Teſtamento nuncupativo que otorgò ſu Marido en 21. de Junio de 1759.

PROEMIO.



LA SINCERIDAD, Y MENOS PREcaupcion conque Doña Juana Ygnacia de Herquicia diò à luz el Alegato juridico que en defenſa de ſu Juſticia ſe formò en 31. de Octubre del año paſado de 1764. abriò el paſo paraque ſe diſpuſieſſe por Don Jo-

Joſeph Gomez Moreno, el dilatado papel que ſe rotùla Apuntes, ò Fundamentos de Hecho, y de Derecho. En èl al igual que ſe fortalece el valor del Teſtamento *in ſcriptis* vindicandolo de los reparos que ſe le objetan; ſe deſtruye el nuncupativo negandole al Teſtador la teſtamentifaccion que tubo al tiempo de ſu otorgamiento. Pueden tal vez haber influido los apuntes en el ſuperior concepto de los Señores Juezes para la reſolucion que ſe ha dado en primera inſtancia; por eſſo aunque parezca laborioſa taréa ſe hà tenido por combeniente deſembarazar el Alegato Juridico de todo lo que ſe le opone para deſtruir la fuerza, y eficacia de ſus fundamentos de modo que ſe pueda eſperar ſin contingencia un exito favorable.

2. El methodo, y diſpoſicion que tienen la mayor parte en la gracia de los Eſcritos, apenas ſe puede conciliar en eſta Defenſa por no permitirlo la materia. Defenſa en Derecho ſeparada de la obra principal en que todo hàde ſer vindicacion, y reſpueſta, es como un Artefacto de piezas ſueltas entre quienes no ſe halla el mejor orden, y por conſiguiente mui poca ò ninguna hermoſura. En eſte concepto nueſtro primordial objeto ſolo ſe hade dirigir à deſcubrir la verdad, que es el fundamento del juzgar aſsi en el hecho como en el derecho (1) por todos aquellos medios que conduzcan á ſu mas perfecto conocimiento, y inteligencia.

3. La exacta, y oportuna relacion de los Hechos es tan neceſaria en los Diſcurſos legàles, que el Eminentiſsimo Cardenal de Luca, en ſus obras (2) ſe allana mas bien à tolerar la cenſura que ſegun el eſtilo de Roma comprehende á los Abogados que tocan materias de hecho, que dejar de ſer prolijo en ſu reſpectiva individual, y circunſtanciada narracion. *Igitur nè dum comendabilis & oportuna*

Sed

(1) *Leg.* 10. *Tit.* 17. *Lib.* 4. *Recop. Caſtel.*

(2) *Card.Luca.Theatr. Verit. & Juſt. num.* 6. *in Prohæm. & num.* 5.

sed necessaria & e... a beneque distincta facti series cum omnibus ...us circunstantijs, dum ex eijs iuridicarum propositionum aplicatio, congrua vé causarum decissio pendet adeo ut levis etiam ac modica diversitas totum Jus variarè faciat :::::: *Tres autem vociferatos errores non admito nec corrigo: Unum nempe super prolixa nimium que exacta & distincta facti serie vel enarratione quasi quod Jurisconsulto incongruat: in ijs quæ facti sunt nimium immorari dum pro Curiæ Romanæ stilo causarum Patronis, potius quam adbocatis id congruit.*

4. Con este sabio consejo se ocupò el primer §. y parte de el segundo del Alegato juridico en la prolija relacion de el Hecho de esta Causa con tanta Escrupulosidad que se sacò al margen la indibidual foliacion del Processo, paraque alli donde pareciesse el Hecho se encontrasse su comprobacion. No se vé esta exactitud en el manuscrito del Oficial Real, porque todo se reduce à disponer tan à su modo el negocio, que verificados los supuestos conque corre, le es muy facil la aplicacion de Doctrinas, y Discursos. Assi es forzoso que la controversia empieze por el Hecho, paraque desauthorizandosse del aprecio que pueda merecer se desestimen tambien las Leyes, y Doctrinas que con ninguna oportunidad, y menos genuina inteligencia se le adaptan, incidiendo en el error de los Legistas Pragmaticos, que increpa el mismo Cardenal (3) *Conclusiones etenim sunt farmacha, quarum virtus & operatio consistit in bené proportionata compositione iuxta morbi & Infirmi ac temporum & locorum qualitatem: Non autem omnia omnibus in eadem quantitate eodem que modo aplicanda sunt atque in hoc consistit frequentius Legistarum Prag-* mati-

(3) *Idem. Card. de Testam. Disc. 39. num. 19. in fine.*

maticorum ineptia veré ... abilis, ideo que merito apud alliarum Scie ... um Professores contemptibilis: Iste siquidem contemptus male cadit in ipsis legibus quæ optimæ sunt ac sapientissimæ sed in earum mala praxi vel inteligentia.

5. Aunque en el Manuscrito que se và à contestar no se tubo la curiosidad de numerar los Capitulos, pues ni aun en §§. se divide; la claridad que à hora se consulta, nos pone en la precision de darle el respectivo numero à cada uno; y paraque à poco trabajo todo se perciba; trataremos por Puntos separadamente con la respectiva aplicacion del Hecho, y meritos de Derecho los que á cada uno corresponden.

PUNTO. I.

EN QUE SE TRATA DEL COTEXO Y comparacion de los dos Testamentos reprovando el escrito, y dando la mayor Firmeza à el Nuncupativo.

6. LOS quatro Numeros primeros estàn reducidos à una combersacion *ad placitum* en que con sencillez artificiosa se desfigura el Hecho del modo mas conforme á la pretension que se promueve. Dicesse que el Testamento *in scriptis* lo otorgó y subscribiò D. Nicolas de Ribera, dos años y meses antes de su muerte; y el Nuncupativo poco antes de morir. El Testamento cerrado fué obra del Testador estando en su sana salud de cuerpo y animo, en su acuerdo, y sin perturvacion alguna en la razon. Y el abierto quando padecia una grave dolencia que lo llebò al Sepulchro, y le tenia

nia perturbada la razon como se hizo de manifiesto por sus delirios, y un pesado sueño en que no bastaban las voces para despertarle, sino que era necesario remecerle por dos, y tres veces. El primer Testamento lo dirigiò, y dictò el mismo Testador: El ultimo fuè produccion del Licenziado Don Pablo Correa, quien le preguntaba si aquella era su voluntad, á que respondia que *Si*, despues de despierto con la diligencia de remecerle. En el Testamento *in scriptis* procediò el Testador por su libre voluntad hallandose presentes siete testigos, y el Escribano con quienes se authorizó, y subscribiò, y en el Nuncupativo no se presenciaron algunos de los Testigos al tiempo de leersse y firmarsse. Finalmente del Testamento cerrado se dice que contiene clausula derogatoria authorizada con la Religion del Juramento, y en el abierto no se halla la rebocacion especial de èlla. Todos se confiessan Hechos de necessario Examen, y se omite la extension correspondiente en cada uno por la justa causa que se propone.

RESPUESTA.

7. Si la comparacion que se acaba de referir entre los dos Testamentos fuesse tan ajustada al processo como se pondera, poco resto de defensa quedaba á la Viuda, reduciendosse el negocio à un punto tan obvio, que no se esconde aun à los que empiezan á nutrirsse en los Elementos de la Jurisprudencia, pero el caso es que claudica en la mayor parte el cotejo, y assi no puede menos que manifestarsse muy esforzada la accion que se contrahe à la subsistencia del Testamento Nuncupativo, tanto mas recomendable quanto fuè la ultima voluntad del Testador, por cuya puntual execucion y cumplimiento propenden todos los derechos.

8. Como en los dos primeros §§. del Alegato juridico se describa el Hecho comprovado con las mas individuales circunstancias, que destruyen enteramente el thenor de los quatro primeros Numeros, serìa innutil fatiga, y aun nimia molestia repetir lo mismo que se ha dicho. En esta consideracion solo deve contraherse esta respuesta, lo primero, à que la circunstancia primera del Cotejo es impertinente, pues que Ley ò Doctrina hasta ahora hà prescrito que el Testamento del Sano tiene mas firmeza que el del Enfermo, ò que la enfermedad prive à los Testadores de la testamentifaccion activa, quando el lance mas proprio de testar es aquel en que hallandosse la salud quebrantada se ofrecen los pensamientos melancolicos de la muerte?

9. Lo segundo; que aunque el Testador estubiesse en cabal acuerdo quando dispuso el primer Testamento, no dejò de estarlo al ordenar el Nuncupativo, sin embargo de los delirios que se le suponen, que nunca se hàn individualizado, y de aquel Sueño que se dice pesado à que corresponden los remecimientos de cuerpo, pues el Orden, y arreglo de la disposicion nuncupativa es el mejor desbanecimiento de los delirios, como que quien delira no sabe puntualizar sus creditos, recordar sus antiguas disposiciones, y aun referirsse á aquella privada, y sigilosa que dispuso por si solo, y tenia guardada en la Gaveta de su Escribania. Tampoco el Sueño embargó la razon al Testante. (de cuya calidad y naturaleza se hablarà en otro lugar) Y los remecimientos de Cuerpo fueron arbitrio de aquellos Asistentes que (ò porque Don Nicolas con su hedad no tubiesse el oido tan vivo, ò porque la misma enfermedad sus precedentes molestias, y Vigilias le hubiessen causado alguna pesadèz que no

es eſtraña en los Enfermos de gravedad) juzgaron ſer neceſſario para recordarle.

10. Lo Tercero: Que el Teſtador no dirigiò el Teſtamento cerrado; pues Juan Diaz de Ruidiaz amanuenſſe que fuè de dicho Teſtamento, è intereſado en èl à foxas 38. Quad. 4. de la prueba del Oficial Real (que ſe acepta en lo favorable) entre otros hechos declara que Don Nicolas fuè dictando el Teſtamento por unos apuntes que tenia que le ſervian de govierno, y concluydo los rompiò diciendo ſerle preciſſo no quedaſſe ſeñal de ellos. Por el contrario el abierto ſi en todo no fué produccion del Teſtador, porque los Teſtigos en la prueba dicen con variedad (ſiendo mas veroſimil que la mayor parte de ſus clauſulas las proferìa por ſi ſolo porque ninguno podia adivinar lo que antes habia diſpueſto, ni ſaber à punto fixo de ſus depencencias) lo que no tiene duda es que deſpues de finalizado eſte teſtamento, y habiendoſele leydo, repreguntado ſi aquella era ſu voluntad, reſpondió que Si, y que eſtaba bueno, firmandole conſiguientemente ſin repugnancia, y à ſu imitacion los Teſtigos inſtrumentales que ſe hallaban preſentes.

11. Lo quarto: Que el Teſtamento *in ſcriptis* no ſe hizo con aquella eſpontaneidad que pide ſemejante acto. Aqui entran los reſentimientos que ocaſionò en Don Juan de Ribera el caſamiento de ſu hermano Don Nicolas, con Doña Juana Ygnacia de que hablan conteſtes los Teſtigos; y el menos adbertido deberà creérlos, porque entre dos hermanos tan amantes ya ſe conſideraba Don Juan como menor, heredero de ſu hermano Anciano Viudo, y ſin ſubceſion; y con el ſegundo matrimonio privado de aquel commodo, que tal vez ſerià el fundamento del amor que le profeſaba.

12. El Alegato juridico se explica en los citados dos §§. primeros con la mayor pureza, y fidelidad en este asumpto, y sin salir de la prueba contraria el Testigo instrumental del Testamento cerrado Juan Diaz de Ruidiaz, de quien poco hà se habló, en la misma declaracion añade que al tiempo, y quando se acabò de subscribir en el Sitio de Cacaturo exclamò Don Nicolas con estas formales palabras. *Ojala permitiera Dios que vinieran mañana los RR. PP. Jesuitas, que les entregara luego al punto mis Haciendas sin reparo alguno.* Y Blas Gallo, en la que hace à fox. 23. dicho Quaderno contesta identicamente la misma exclamacion sin variar ni aun en la concordancia de voces. Quien exclama de este modo, y en el mismo acto de testar á favor de los RR. PP. Jesuitas terceros excluientes respecto del Heredero instituido Don Juan su Hermano, que mayor prueba pudo dar de su noluntad, y para mejor decirlo del despecho conque procedia en aquel lance que se le habia rodeado llevandolo hasta Cacaturo? En una expresion: El Testador con su exclamacion quiso decir; mejor fuera que los Padres Jesuitas cargassen con estas Haciendas que son todo el blanco de mi Hermano, y no se me trajera con la inquietud y molestia de este Testamento. Y quien asi se explica lejos de manifestar allanamiento descubre la fuerza, y violencia conque habia sido impelido.

13. El Testamento nuncupativo fué el deliberado, porque à no haber querido testar Don Nicolas siendo su voluntad la subsistencia del otro, sin displacer à su Muger al tiempo de recombenirlo el Lizenciado Correa sobre que dispusiera sus cosas, pudiera haber ebacuado todas las importunaciones que se suponen, remitiendose à aquel primer

Testa-

Teſtamento de cuyo thenor nadie podia advertir, ni menos quejarſſe. No hubo mas perſuaſiones que aquellas que de oficio deben practicar los Parrochos en ſemejantes oportunidades, ni mas reſiſtencia de parte dèl Teſtador que aquel natural ſentimiento que cauſa la memoria de la Muerte, y retrahe á las veces de èl otorgamiento de la ultima voluntad, pero quando ſe buelve ſobre lo Chriſtiano todo ſe depone como lo hizo Don Nicolas, aun excediendoſe à firmar que pudiera haberlo eſcuſado probando de eſta ſuerte en cierto modo ſu reſiſtencia.

14. Lo quinto: Que ſi el Teſtamento cerrado ſe firmò ſubſcribiò, y authorizó ante los Teſtigos, el abierto ſe eſtendiò y actuò con la miſma ſolemnidad. No ſe hecha menos la firma del Teſtador, bien que aparece eſtá algo desfigurada, lo que correſponde á el eſtado del Enfermo, pues no habia de rubricar del miſmo modo quando penſaba en morir, el accidente le agrababa, y la ſituacion de la Cama no podia ſerle commoda, que eſtando en ſana ſalud, y con aquellas proporciones que evacuan qualeſquiera alteracion del pulſo. Los Teſtigos que concurrieron aunque varían en algunas circunſtancias, la diverſidad de ſus dichos no es adverſativa como ſe hà expreſado en el §. 2. de nueſtro Alegato, paraque no ſe ponga defecto en razon de ſolemnidad.

15. Lo ſexto: Que aſsi como el Teſtamento *in ſcriptis* contiene clauſula derogatoria, tambien es verdad que eſta caè juſtamente en el peligro que ſin duda alguna ſe interceptò, lo que ofrece una vehemente preſumpcion de falſedad de la que mas de propoſito ſe hablará deſpues quando tratemos del Eſcribano, y del impedimento que por derecho tubo para no authorizar aquella diſpoſicion. La

claufula derogatoria fe rebocò en baftante forma en el Teftamento nuncupativo, en el qual fi el Teftador no fe acordò de ella efpecialmente, fué porque no habia fido obra de fu voluntad. Efto toca en el punto de derecho que aqui no correfponde.

PUNTO. II.

EN QUE SE ESFUERZA LA INSUBSIStencia del Teftamento *in fcriptis tan ratione voluntatis quam Solemnitatis.*

16. DESDE el Numero 5. hafta el 14. inclufive fe procura eftablecer el Teftamento *in fcriptis*. Se dice que lo fubfcribiò el Teftador en fu entero acuerdo fana falud, y con todas aquellas folemnidades prevenidas por derecho. Que el difgufto que tubo Don Juan de Ribera, por el fegundo Matrimonio de fu hermano, à nada conduce. Se niega la fubordinacion refpeto reverencial del Teftador, y el defenojo por medio del Teftamento porque no hay Teftigo que lo deponga. Que la interefencia del Efcribano Valdivieffo en nada perjudica, principalmente habiendo el Teftador dictado el Teftamento à Juan Diaz de Ruidias. Que el interés que tubo Valdivieffo, tampoco obfta, porque el de Alvacea lo renunciò luego que murio Don Juan de Ribera; y el nombramiento de Patron, y Capellan era un lucro remotifsimo que folo podia verificarffe corridos algunos centenares de años. Que el Efcribano Valdivieffo no tubo impedimento para authorizar el Teftamento por el nombramiento en fegundo lugar de

de Alvacea, y derecho al Patronato, y Capellania; como ni tampoco Ruidiaz, para intervenir como Teſtigo al modo que èl Tutor, y Legatorio pueden ſerlo en el Teſtamento en que ſon inſtituidos (4) ſiendo aſsi que los Legados ſon prontos, y efectivos deſpues de la muerte del Teſtador; y el interes en el Patronato, y Capellania remotiſsimo y ſe verificaba deſpues de una larga deſcendencia.

(4) *Leg. 20. Qui teſtam. ff. de teſtam.*

RESPVESTA.

17. No ſe niega que el Teſtamento eſcrito ſe ordenò eſtando el Teſtador ſano de animo, y cuerpo: lo que ſi no ſe confieſſa es que aquella fueſſe ſu deliberada voluntad, y que ſe ſolemnizaſſe con los requiſitos que el derecho previene. Quatro perfecciones deben tener los Teſtamentos paraque ſe digan validos, y ſubſiſtentes (5) La primera conſiſte en la voluntad del Teſtador plenamente declarada, y completa. (6) La Segunda en la Inſtitucion de Heredero que ſe denomina forma ſubſtancial, y cabeza del Teſtamento. (7) La Tercera rueda ſobre la devida ſolemnidad que ſe dice diligencia de las Leyes. (8) La Quarta y ultima ſe verſa cerca de la confirmacion, y efecto del miſmo Teſtamento; y es en dos maneras: La primera ſe verifica por la muerte del Teſtador, porque de eſſe modo el teſtamento ſe hace irrevocable. (9) *Vbi Teſtamentum eſt, mors neceſſe eſt intercedat Teſtatoris: Teſtamentum enim in mortuis confirmatum eſt, alioquin non dum valet, dum vivit qui teſtatus eſt.* Y la Segunda pende de la voluntad del Heredero inſtituido que adda la Herencia, pues por medio de la addiccion el Teſtamento ſurte ſu efecto, y no puede reducirſſe *ad*

(5) *Eſcaño de teſtam. Cap. 1.*

(6) *Leg. ſi ijs qui. Leg. ex ea ſcript. ff. de Teſtam.*

(7) *Leg. 1. ff. de bulgari §. ante Hered. Inſtit. de Legat.*

(8) *Leg. Codicil. §. ultim. ff. de legat.*

(9) *Leg. 1. ff. de teſtam. Cap. Cum Mariæ de celebrat. Miſſ. & Div. Paulus. cap. 9. ad Hebreos.*

causam intestati (10) Esta es distincion de Baldo, à el qual siguen Castro, Gotofredo, Jason, Menochio, Guillermo, Benedicto, Matienzo, y el Señor Castillo que à todos los recoge.

18. De estas quatro perfecciones, dos se hechan menos en el Testamento *in scriptis*. Comenzando por la primera es constante que en los Testamentos la Ley, que imbiolablemente debe guardarsse es la voluntad libre del Testador, y nada corresponde mas bien á los Hombres que la libertad en el acto de testar (11.) *Sit lex ejus voluntas; nullo valente citra illius voluntatem. Nihil enim est quod magis hominibus debeatur quam ut supremæ voluntatis, postquam iam alliud velle non posunt liber sit stilus & licitum quod iterum non redit arbitrium.* Debiendo ser el consentimiento con la qualidad precisa de una plena, y absoluta deliberacion. (12) *Testatorum voluntates liberas esse debere, atque in actu testandi consensum requiri cum qualitate libertatis plenæ, & sic omnino & absolute liberum indisponendo.* La Voluntad libre es la que dà la Ley á la ultima voluntad, por lo que El Emperador Theodosio la coloca dentro de si misma como imperante, y que domina su disposicion, estableciendo que ningun Testador debe forzado callar, ni hablar. (13) *Ideo divinitus sensibus* (dice) *die noctuque res humani generis per tractantes gratum duximus, deficientium voluntatibus subvenire ut pro suo quisque testetur arbitrio, ac involuntate sua suam habeat voluntatem, ut invitus nemo nec taceat nec loquatur.* De manera que es tan libre el Imperio de la Voluntad que en un solo acto es el Subdito, el Legislador, y la Ley.

19. Por esso estas abominan las adulaciones, sugef-

(10) *Leg. Si allien. § in extran. ff. de heredib. instit. Baldus. Castro. Gotofredus. Jasson. Menochius. Guillermus. Benedictus. in Cap. reinuc. Verbo testam. 1. in fine, & in Verbo mors itaque testam. etiam 1. extra de testam. Matienzo in leg. 1. tit. 4. Lib. 5. recopil. Glos. 4. ex num. 1. & Dom. Castillo Lib. 4. Controvers. Cap. 21. num. 39.*

(11) *Authentica de Nuptijs Colat. 4. §. disponat.*

(12) *Castillo. Lib. 3. Controv. Cap. 1. num. 6. cum Menochio Constancio, Rogerio, & Peralta.*

(13) *In Codice Theodosiano tit. 7. de testam.*

ſugeſtiones importunidades, y demàs medios de que pueda reſultar impedimento à la plena, y libre voluntad de los Teſtadores, que para que valga en ambos fueros debe excluirſſe todo imboluntario mixto, y deſterrarſſe todo error, violencia, ò miedo que lo cauſſe; como con el Padre Luis de Molina, Principe en eſta materia aſienta el Señor Caſtillo (14) por la ſolida razon de que ſiendo liberal, y gratuita la Inſtitucion de Heredero, el Legado, y donacion; para transferir el dominio ſe requiere en el Dante una libertad tan deſnuda que deſpida de ſi miſma todo lo imboluntario. A que puede añadirſſe que ſiendo la voluntad apetito de lo bueno con razon, y fundamento en el ſentir del Philoſopho, y diciendoſſe tambien voluntario lo que ſe hace con conocimiento del objeto, y ſus circunſtancias por el Agente; ſegun enſeña el Angelico Doctor, debe excluirſſe todo imboluntario mixto (por conſiguiente) que ofenda el principio intrinſeco, y el fin à que ſe termina la voluntad. (15)

20 De donde reſulta ſer grave crimen el forzar la ultima voluntad, y que en ambos derechos ſe eſtablezcan la accion civil, y criminal; no ſolo contra el que prohibe hacer Teſtamento, ſino contra el que compele en algun modo para que ſe forme à ſu arbitrio, provecho, y utilidad de otro tercero. Sobre cuyo aſumpto ſe encuentran titulos integros en el Derecho comun, y es eſpreſa la Ley de Partida. *Per hæc: Otros ya que maguen conſientan que fagan Teſtamento con todo eſſo quieren que lo ordene á ſu guiſa é á ſu placer.* (16)

21 Entre los impedimentos mas fuertes que explican las Leyes cerca de la plena Libertad de los Teſtadores, ſon los ruegos inportunos, ó perſua-

(14) *Pat. Molina de Juſt. & Jur. Tractat. 2. diſput. 135. Dom. Caſtillo. ubi ſupra num. 8.*

(15) *Ariſtoteles Lib. 1. Rethoric. Div. Thomas 1. 2. Quæſt. 6. art. 3.*

(16) *Integri tituli ff. & Cod. Si quis aliquem teſtari prohibuerit, vel coegerit. Leg. 26 28. & 29. Tit. 1. part. 6. Caſtillo ubi ſupra. á num. 17. cum Bartholo. Valdo Saliceto Peregrino, & Paricio.*

ſuaciones por reputarſſe eſpecie de violencia, y cauſar lo imbolunrario. (17) *Perſuadere eſt plusquam compelere*: llamandola el Sabio Rey D. Alonſo como manera de fuerza; y en el Derecho Canonico ambicioſa importunidad. Otros Juriſconſultos dicen que es argumento claro de Dolo que tiene la miſma fuerza que eſte; ſurte el proprio efecto que el miedo grave, y el inducido por perſuaſion ſe equipàra al forzado.

22 Lo miſmo debe decirſſe de la ſugeſtion por ſer tambien eſpecie de violencia, Dolo, y fraude, y de ſuyo un acto de ſubminiſtrar eſpecies perſuaſiones, y tentaciones ocultas, hablando al oido como explicò en ſu Proſodia el Docto Padre Benedicto Pereira: y el gran Cardenal de Luca, reputa el dolo por lo miſmo que falſa ſugeſtion, ò violencia, y por una maquinacion con malos artes (18) *Sugeſtio* (*inquit*) *onis Paracletteadura, ſubminiſtrazam, perſuaſam oculta, é tentazam. Dolus ſeu falſa ſugeſtio ſunt violentia* :::::: *cum dolo malis artibus, ac falſis ſugeſtionibus* :::::: *machinationum aut falſarum ſugeſtionum.*

23 Bajo de eſtos principios preſcindiendo de la queſtion ſi el Teſtamento hecho con dolo ò ſugeſtiones es por el miſmo derecho nulo, ó ſi ſiendo por mero derecho valido ſe anule, quitandole la herencia à el Heredero inſtituido como indigno, pues para el efecto lo miſmo es que ſea nulo, ó que ſe anule por ſentencia, lo que ſe tiene por cierto, y ſin controverſia entre los AA. es; que el Teſtamento en caſo de duda no ſe contempla executado con fuerza, miedo, ſugeſtion, ò dolo, como que el delito no ſe preſume, ſino ſe prueba, baſtando ſolo que eſta ſea de conjeturas, ò preſumpciones claras, y propinquas, pues por medio

(17) *Leg. 1. ff. de ſervo corrupto. Leg. 1. Tit. 19 partit. 7. Cap. fin. extra de reſcript. in 6. Idem Caſtillo ubi ſupra á num. 106. Vbi cumulans prope in numera Jurium teſtimonia tradit DD. qui hac ſuper re ſcripſere cum diſtintione caſuum ac partium diſtributione ita clara, ut otioſſum fuerit AA.* allios requi*rere aut inmediũ adducere cum plena manu omnes quot quot de hac re tractavere recenſeat & conclu dit á num. 126.*

(18) *Pat. Benedictus Pereira in Proſodia in Vocabularium bilinguæ latinum, & luſitanum. Cardinalis Luca in Suma teſtam. num. 14. & diſc. de teſtam. num. 15.*

dio de ellas combencido el dolo, debe anularsse el Testamento si se descubre la maquinacion ò su gestion. (19)

24 Esta prueba de Conjeturas no debe ser directa ni estricta, por no estar determinadas, sino que segun la calidad del Hecho, circunstancias de las personas, del tiempo, y de los negocios, se remite al arbitrio del prudente Juez, cuya bondad, y discrecion vale mucho para su calificacion: como con Menochio Mascardo Hondedeo, y Mieres observa el mismo Señor Castillo. (20) Otros AA. enseñan que la prueba de conjeturas se remite al arbitrio del Juez, quien segun la calidad del Hecho, y personas, y atendiendo à la verdad solo necesita dos que justifiquen el dolo, simulacion ò sugestion, llebando por Norte, y observando siempre la regla de que el indicio, ò presumpcion que por si solo no basta, junto con otros aprovecha; especialmente quando miran aun mismo fin; por lo que la prueba conjetural en este punto es la mas prevalente, y aclamada en varias decisiones de la Sagrada Rota. (21) *Hoc remissum (inquit Farinacius) arbitrio Judicis qui iuxta facti & personarum qualitatem quandoque ex duabus, quandoque expluribus presumptionibus seù conjecturijs arguit :::::: Quænam sint conjecturæ suficientes Iudicis arbitrio remisum sit :::::: Nam in hac materia procedit regula quod si non posunt singula, multa colecta jubant, presertim quando plures conjecturæ tendunt ad eundem finem probationis.* ¶ El

(19) *Castillo ubi supra num. 84. Paricio. Consi. 67. Menochio. Lib. 4. presumpt. 11 & 12. Farinac. de falsit. quæst. 161. per totam.*

(20) *Idem. Dom. Castillo ubi supra num. 84. in fine.*

(21) *Farinacius de Penis temperandis quæst. 89 num. 23. & 24. & defalsit. & Simulat. quæst 163. num. 6. & quæst 162. num. 108 & num. 105. & num. 102. Mantica detacit, & ambig. Lib. 4. tit. 23. num. 31 Mascardo de probat. Lib. 1. conclus. 2138. num. 7. Idem Castillo controv. cap. 25. num. 22. ubi tradit. AA. multitudinem. Menochio. Lib. 3 presump. 126. Rota apud eundem Farinacium decis. 57. & decis. 140. num. 1. quod ita sepius fuit resolutum á severat.*

25 El Señor Cardenal de Luca, y Meñochio (22) asientan: el primero, acontecer muchas veces, que una circunstancia aunque sea por si levisima, es muy considerable en concurso de otras: Y el segundo: Que en las cosas que se hacen ocultamente bastan leves pruebas para informar el animo de los Jueces con el conjunto de todas. *Quoniam sepius contingit quod una circunstantia quamvis de per se levissima sit valde considerabilis ob alliarum concursum* :::::: *In hijs quæ clam fiunt, suficiunt leviores probationes.*

(22) *Card. de Luca de Testam. disc. 5. num. 9. Menochius. Lib. 3. presumpt. 126. num. 11.*

26 Las que combencen el Testamento cerrado por imboluntario, sospechoso, y sugerido, no serán leves sino legales del mayor peso, y en considerable numero: Vistas las circunstancias del Hecho, las pruebas y documentos de que se toman y la calidad de las personas del Instituyente, y del Instituido, del Escribano Valdiviesso consultor de todo el negocio, y demàs ocurrencias que se notaràn à su tiempo.

27 La primera; porque el amor, y afeccion que tubo Don Nicolas à su muger hacen inverosimil que en el Testamento *in scriptis* la dejasse excluida instituyendo por Heredero à su hermano Don Juan. La inverosimilitud de los Hechos es conjetura legal para arguirlos de dolosos, y reprobados, como enseñan (23) con multitud de DD. Farinacio, Tusco, y Mascardo; y llama fortissima esta conjetura el Señor Cardenal de Luca; porque no és creible que el Testador pospuesta su muger contra el comun uso de los hombres de honor, quisiesse dejar grandes riquezas à un Hermano que no tenia meritos para ello, antes si motivos para desabrimiento, pues como dice el Lizenciado Don Francisco de Paula Ximenez Sarco (Sobrino

(23) *Farinacius de falsitat. & simulat. quæst. 162. n. 215. Tuscus Lit S. conclus. 262. num. 5. Mascardus Conclus. 440 num. 9. Luca. de testam. disc. 6. num. 9.*

brino de uno y otro) Presvitero à fox. 104. Quaderno 3. Don Nicolas vivía quejoso de su hermano, porque queria subordinarlo, y mandarlo siempre en su persona, y bienes. De ordinario las Leyes han reputado à la muger por una de las personas mas amadas en atencion à aquella estrecha sociedad, y mutua relacion que interviene entre los Coniuges. Por esso Antonio Gomez (24) expresa que no por otra cosa la muger tiene preferencia para acusar la muerte del Marido, que por concurrir en ella mayor conjuncion, y afecto, y ser dos en una carne; y su Adicionador con infinitos AA, aun respecto de los hijos, le dá prelacion en acusar, y remitir por la misma razon.

(24) *Antonius Gom. Lib. 3. Variar. Cap. 3. num. 65 in fin. Bobadilla. Lib. 3. Politicæ. cap. 15. ad num. 131. Ayllon. n. 66. Verbo Vxorem.*

28 Esta presumpcion de inverosimilitud sube à tal extremo que pasa á ser monstruosidad, pues en todo el contexto del Testamento no solo se encuentran disposiciones à favor del Heredero, sino del Escribiente, y Escribano sujetos extrangeros de la voluntad de Don Nicolas; y á Doña Juana Ygnacia unicamente se le señala un legado condicional de 3ꝟ pesos, como que esta cantidad importasse cabal remuneracion de sus servicios, y fuesse correspondiente à una Señora de sus circunstancias. Doña Juana Ygnacia entre otros Parientes tiene un hermano Eclesiastico, y podrà persuadirse que un Marido tan amante de su muger, quando pasa à hacer fundaciones no se acuerde de sus Parientes, y interesse á unas personas tan poco recomendables como Valdiviesso, y Ruidiaz? Luego es visto la inverosimilitud de la disposicion, y que no de otro modo pudo el Testador haber procedido à ella (en la hipothesi de no intervenir falsedad) sino es forzado, y persuadido con sugestiones.

29 La segunda presumpcion se toma de la ca-

 lidad

calidad de las perſonas; quando la muy ſagaz contrahe con la que es muy fragil, como el Pupílo, la muger ò otra ſemejante, ſingularmente ſi el acto ſe executa con clandeſtinidad, lo que procede no ſolamente en los contratos, ſino en qualeſquiera otro negocio. Y la tercera conjetura que esfuerza la antecedente es ſi ſe uſa de tan nimia diligencia, y cautèla que no ſe acoſtumbra practicar en ſemejantes actos. (25) *Decima ſeptima Conjectura doli ſumitur à perſonarum qualitate, ſicuti quando multum ſagaz contrahit cum Pupilo, Minore, Muliere vel ſimili quorum fragile eſt conſilium, nam tunc dolus inſagaci preſumitur ::::: Idem dicendum in reliquis actibus & negotijs dolum preſumi perſonarum qualitate inſpecta ::::: Decima octava conjectura doli quandoquis uſus eſt nimia diligentia & cautela atque itaque plus fecit quam fieri conſuevit.*

(25) *Menochius. Lib. 5. preſump. 3. num.* 100. *Cravet. conſilio* 282 *num.* 2. & *num.* 102. *Albericus in Leg. dolum.* Cod. de dolo. *Decius in cap. ſin autem. num.* 3. *de Reſcriptis.*

20 La ſolercia y ſagacidad de Don Juan de Ribera ſe combence por ſus irregulares diligencias para conſeguir el efecto del Teſtamento, y eſtas miſmas manifieſtan la cautela, pues el Licenziado Don Juan Joſeph Talledo Presbitero, teſtigo de la prueba contraria á fox. 19. Quad. 4. declara: Que eſtando en la Hacienda de Chipillíco recibiò una carta del referido Don Juan previniendole paſaria el Eſcribano Valdivieſſo para la Serrania de Yerbas buenas, y que ſeria bueno perſuadieſſe à Don Nicolas à que concluieſſe, y perfeccionaſſe, la obra del Teſtamento cerrado con ſemejante ocaſion de Miniſtro de Fé. Antes ya habia hecho que el Eſcribaño Valdivieſſo le ſujirieſſe los apuntes por donde iba dictando el Teſtamento, pues aſsi ſe conoce por el eſtilo que no era proprio de un hombre del Campo, y que no podia adver-

tir

tir induſtrioſas cautélas de derecho. Diſpuſo el acto en auſencia de ſu muger. Conferenciò antes el Teſtamento con el Eſcribano Valdivieſſo, el P. Taboada, y el Heredero; como lo declara Juan Joſeph Cortès, teſtigo inſtrumental de èl à fox. 56. Quad. 3. en la 6. y 16. Pregunta; y Juan Diaz de Ruidiaz á fox. 38. Quad. 4. Deſpues de ſubſcripto lo llebó à ſu poder, y muerto el Teſtador difiriò ſu preſentacion cautelando ſiempre ſu contexto.

31 La fragilidad, y menos adbertencia de D. Nicolas de Ribera ſe manifieſtà por la inconſtancia y debilidad de ſu animo tan expueſto à tantas iluſiones, y engaños, porque no de otro modo ſe hubiera reducido à ſemejante diſpoſicion, pues ſi tantos paſajes vemos vertidos al Publico, que no ſe le ponderaría al Teſtador para la meditacion de eſſe Teſtamento?

32 La quarta preſumpcion nace de las clauſulas inſolitas que contiene el *in ſcriptis*, las que las miniſtran, y fundan, porque arguien con evidente demoſtracion el dolo, eſpecialmente ſi lo tiran á ocultar como enſeñan Farinacio, y Menochio, recogiendo copioſo numero de teſtos y AA. (26) *Tertia conjectura erit, quando in inſtrumento reperiuntur plures inſolitæ clauſulæ quæ propterea arguunt ſimulationem* :::::: *Ita pariter dicimus clauſulas inſolitas in Inſtrumento arguere dolum.*

33 Si ocurrimos al Teſtamento cerrado ſolo el ſerlo es coſa inſolita, y rara vez ſe habrà viſto en los lugares de la reſidencia del Teſtador. La clauſula derogatoria por ſi miſma es extraordinaria principalmente en las Mugeres, y Ruſticos que no entienden ſu vigor, como en ſu lugar fundaremos. La otra clauſula que dice que qualeſquiera otro Teſtamento, que otorgue aunque ſea á los

(26) *Farinacius. de ſalſit. & ſimulat. quæſt. 162. num. 155. Gloſa in Leg. ſi quis ſub conditione, & in Leg. 1. ff. de conditionibus inſtitutionum & refert. DD. copiam Menochius Lib. 3. preſumpt. 82 num. 103. & Conſilio 1. num. 338. ubi fuſius.*

ultimos de ſu vida hade ſer por no diſplacer á ſu muger, y que quiere que no valga: no ſolo es irregular por no encontrarſſe en ningun Formulario, ſino pueſta con eſtudio para ſuponer antiguo propoſito cerca de eſſa diſpoſicion.

34 Eſtas expreſiones tan vivas denotan con ſu redundancia la energìa de la ſugeſtion, pues para inſtituir à ſu hermano por Heredero baſtaba que lo dijera llanamente, pero como el animo era diſimular la ſugeſtion, con el miſmo diſimulo ſe hubo detexer. Aſsi ſuele ſuceder que en nueſtro proprio negocio ſeamos mas torpes que en el ageno, y que ſe enturbien los Conſejos (27) *In ſuo quiſque negotio evetior eſt quam in allieno: Turbida enim ſunt conſilia eorum qui ſibi ſuadent.* conque nos ſolemos perſuadir por medio de las eſcuſas conque tira à ocultarſſe la ſugeſtion. De ſuerte que una ſuperfluydad manifieſta, agrava mas la prueba de la ſugeſtion, y puede decirſſe que el mayor defecto de la diſpoſicion conſiſte en lo que le ſobra, y el mas claro eſpejo en que ſe mira la ſugeſtion es el velo conque ſe cubre.

35 La quinta ſe infiere de la clandeſtinidad del Hecho, por el lugar de Cacaturo que ſe procurò como proporcionado para mayor ſecreto; pues la clandeſtinidad del ſitio ſe reputa por prueba de ſimulacion en ſentir de graves AA. y aunque por ſi ſola no ſea baſtante coadiuba mucho (28) concurriendo otras varias pruebas de la Sugeſtion, y ſus cauſas como las que haſta aqui van de moſtradas.

36 Ni ſe diga que el concurſo de ſiete Teſtigos y el Eſcribano excluye la ſoſpecha de ſugeſtion à el modo que la multitud de Perſonas la de falſedad, como enſeña Farinacio (29) porque es tan diver-

(27) *Curcio. Lib. 1.*

(28) *Vrſaia. Tom. 9 part. 1. diſceptat. 23. num. 14. Farinacius de falſit. & ſimul. repetita quæſt 162. n. 205. & 209. Card. Tuſcus verbo ſimulatio Concl. 264. num. 22. Mantica de tacitis & ambig. Lib. 8. tit. 20 n. 42. & 211.*

(29) *Farinacius de falſit. quæſt. 153. num. 216.*

diversa la razon, como que no negamos que subscribiò Don Nicolas el Testamento en presencia de los Testigos, y solo defendemos el que accediò al acto inducido, y sugerido con antecedentes preparaciones, aun tomadas de algunos de los mas authorizados entre ellos mismos.

37 La sexta se colige de las declaraciones contextes de Ruidiaz y Gallo, cuyas palabras quedan anotadas; en las que consta que subscrito el Testamento el Testador exclamò trayendo à la memoria la obra pia que tenia fundada á favor de los RR. PP. Jesuitas, y esta exclamacion prueba concluyentemente lo involuntario en que consiste el dolo de las sugestiones conque se le indujo à la disposicion. Aqui declaró el Testador su mente y con las mismas expresiones diò á entender ser contraria su voluntad.

38 La septima (que comprueba la anterior) se arguye del papel Testamentario de fox. 40. Quaderno 3. pues en el derecho el animo se presume por el efecto, y esta es una prueba sensitiva y la màs eficàz, y asi se dice que los Excitos prueban los actos, y el efecto denota la causa (30) *Præterea habemus in Iure locum áb efectu, á quo sumptum argumentum est frequens forté est multum eficax, quia est probatio sensitiva qua nulla est eficatior. Nam quærere rationem ubi habemus sensum, est infirmitas seu devilitas intelectus, ex eficatia efectus arguitur potentia causæ eficientis. Exitus enim acta probat, & efectus denotat causam.* El de Don Nicolas fuè notorio porque despues de otorgado el *in scriptis*, deseando evitar el fraude que habia padecido sin mas consulta que su proprio arbitrio dispuso dicho papel escrito todo de su letra, y

F pu-

(30) *Everardus. loco argum. legal. loco 21. num. 1. 2. 4. & ibi pluribus citatis varia subjicit. exempla.*

puño (y comprobado despues de su muerte) en aquel lenguage harto diverso del primer Testamento, y bien proprio de la cortedad de su talento en que no solo declara la herencia à favor de Doña Juana Ygnacia, sino que empieza su disposicion en esta forma. *Digo yo &c. que vivo yo, ó despues de mis dias ninguno de mis Deudos ni Parientes tienen que hablarle palabra, pedir ni demandarle nada, ni de su Ropa ni alhajas suyas, ni de lo que yo le he dado, ni de todos mis Bienes reconocidos, y por reconocer à mi muger Doña Juana Ygnacia pues no tengo heredero forzoso ni transversal* &c. como para dar à conocer que sus Parientes le habian extorcido la voluntad en aquella primera disposicion subscrita en Cacaturo. Ahora se percibirà la verdad de la exclamacion antecedente, porque no contento el Testador con haberse manifestado con tanto enfado en el Testamento escrito, quiso expresarse mas enforma, y à su modo de entender reservando su postrimera voluntad en la Gaveta de su Escrivanía, de donde se extrajo despues de su fallecimiento.

39 La Octava se concibe de las circunstancias que precedieron para ordenar el Testamento y authorizarlo con la subscripcion de los siete Testigos y Escribano. Ruidiaz uno de los instrumentales declara que el Testador gastó 13. dias en concluirlo, y no se subscribiò hasta 31. de Octubre del mismo año en que mediaron seis meses diez y siete dias. La morosidad en uno y otro acto es otra sospecha legal que en ocurrencia de las demàs circunstancias hace mucho por la sugestion, como con la authoridad de Juan Bautista Espada, pondera el Eminentissimo Lu-

ca.

ca. (31) *Pro ut in casu Espade multæ concurrebant circunstantiæ quæ in simul unitæ magnam producebant suspitionem, quia Schedula testamentaria suponitur per biennium ante roguitum confecta* Pues quien dessea ordenar su ultima voluntad dirigiendola por apuntes, puede evacuar essa diligencia en un solo dia, mayormente componiendosse de nuebe foxas, y teniendo Amanuensse que llebasse la pluma. Quando algun justo embarazo lo hubiesse impedido, no se retardara seis meses diez y siete dias la subscripcion, pero como no era libre Don Nicolas para dirigir sus acciones, por todos medios quiso darlo à entender pudiendosse decir sin temeridad, que hasta ahora estubiera sin subscribirsse, sino hubiessen llebado al Testador como de la mano, y prevenido al Escribano para que lo authorizasse.

(31) *Espada. Consil. 89.num.8. Card Luca. de Testam. Disc. 5. num. 7. verbo Pro ut .& sequitur ponderando alias conjecturas quas antea retulimus.*

40 Por todas estas presumpciones parece que no queda la menor duda en la nulidad del Testamento cerrado como involuntario, y sugerido en todos sus principios medios, y fines.

41 La otra perfeccion de solemnidad tan poco se encuentra. De esta hablan las Leyes (32) y con ellas sus Compiladores. Siete Testigos con un Escribano son necesarios para el valor del Testamento *in scriptis*. Aunque este numero materialmente aparece en el que se subscribiò en Cacaturo en 31. de Octubre de 1757. en realidad falta un Testigo, y el Escribano, porque Ruidiaz no pudo serlo, ni Valdiviesso authorizarlo.

(32) *Leg. 3. taur. & 2. Lib. 5. tit. 4. Recopil. Castel.*

42 No pudo ser testigo Ruidiaz porque confiessa que escribiò el Testamento, y en la fundacion de la Capellanìa se llàma à su goze, y Patronato. En el derecho comun es integro todo el Titulo del Codigo de aquellos que se adscriben

en los Testamentos advirtiendosse que es un grave delito contra la Ley Cornelia Testamentaria, y Senado Consulto Liboniano que prohiben, y defienden, que el Testamentario, ò Heredero aun dictando, y queriendo el Testador, escriba de su mano la institucion, legado, ó fideicomisso à su favor; y declaran delinquente à el que escribiendo ageno Testamento aun con voluntad del Testador se aplica de su mano misma el Legado: De suerte que en aquella parte debe pedir que escriba otro para evitar la pena de la Ley; y aunque en la realidad no sea falso el Testamento, se reputa como tal; sin embargo de que el que lo executa ignorante, ò forzado el Testador comete rigurosa falsedad. (33) *Ergo ex Senatus Consulto Liboniano in pœnam Legis Corneliæ incidit Testamentarius qui dictante, nuncupante volente Testatore sibi aliquid adscribit, nam si hoc faceret invito vel ignorante Testatore plane & directé locus esset Legi Corneliæ Testamentariæ non Senatus Consulto Liboniano. Alliud est falsum, alliud quasi falsum, pœna falsi vel quasi falsi: falsi ex Lege Cornelia Testamentaria; quasi falsi ex Senatus Consulto Liboniano.* Y es la razon porque las Leyes quissieron amover de los Testamentos toda ocasion de falsedad, y ya se vè que no es poca la que se le presenta à el que escribiendo el Testamento quiere interesarsse en su contexto. La pena de falso no solo se adapta à los que directamente lucran en él escribiendolo, sino tambien à los Mandantes en essa razon. Ygualmente comprehende al Marido que en el Testamento de su muger hace disposicion à su favor: Y aun los Sacerdotes, y Padres espirituales que escriben los Testamentos de sus Hijos de espiritu no pueden adjudicarsse cosa alguna

(33) *Cujacius intit. 23. Cod. de hijs qui in testam. sibi adscrib. Leg. im Puberem. Leg. adimendo ff. eodem. Leg. Divus 15. ff. ad Leg. Cornel. de falsis integro tit. Cod. de ijs qui sibi adscribunt in testam. specialit. in Leg. 3. Prosperus Farinacius Quæst. 150. de falsit. & simulat. part. 8. nnm 1.*

alguna, y todo lo escrito se entiende como que no se hubiesse hecho (34) *Adscribentes sibi legatum fideicomissum, seu hæreditatem in Testamentis & ultimis voluntatibus sunt incapaces relictorum & pro non scriptis habentur.* Amplian tanto los AA. esta doctrina, que aun no exceptùan aquellas mandas generales, y que se dirigen á Hermanos, Parientes, y otros Allegados. Y por todo es precisso arguir que puesto que nadie puede interesarsse assi, sus Hijos, ni Deudos en el Testamento que escribe, porque se presume falso, *pæna falsi tenetur.* Juan de Ruidiaz tampoco debe reputarse por testigo habil habiendo sacado su parte dando lugar à su descendencia en el Patronato, y Capellania.

43 Los Testigos que tienen algun interès afeccion ò commodo en la Causa no son admitidos à testificar. El Abogado, y Procurador tampoco pueden deponer en la que defienden, ni el Tutor en la de su Pupilo. (35) Fuera del interes de Ruidiaz lo estrechaba el vinculo de amistad y Parentezco con Don Juan de Ribera por cuya causa debe entenderse lo mismo uno que otro, pues la amistad estrecha produce el titulo de confraternidad, y en los Amigos es una misma la voluntad, especialmente en aquello aque conspiran. El Derecho los equipàra à los consanguineos, y el ruego del Amigo es duplicado mandato. (36) *Nam amititia consanguinitati similis est; atque idem afectionis Vinculum habet* :::::: *Amicus non levi amititia comparatur consanguineo* :::::: *Ymo amititiam sanguinis conjuntionem preferendam* ::: *Amicus in Jure frater nuncupatur, dicitur alter ego*

G

(34) *Idem Farinacius ubi supra num. 177. & num. 192. Leg. 1. & finali ff. quæ pro non scripta habentur. Leg. quod adhib. & ibi Glosa & DD. Cod. de his qui sibi adscribunt.*

(35) *Farinacius. Prax crimin. de opposit. contra testes quæst. 60. per totam. De inde ead. quæst. Ilat. 8. num. 272. usque ad num. 278. Leg. finali ff. de testibus. Leg. 26 tit. 18. part. 3. Textus in capite si testes omnes §. testes quos acusator 4. quæst. 3.*

(36) *Dom. Covarrubias de testam cap. 15. num. 13 Barbosa 5. Axiomate 24. Valerio Max. Lib. 4. Cap. 7. Graciano cap. 200. num. 10. Narbona de ætate anno 14. quæst. 43. num. 6. Leg. nemo 58. §. 1. ff. de hæredibus instituendis.*

ego :::::: *Qui frater non est si fraterna charitate diligitur, recte cum nomine sub apellatione fratris hæres instituitur, ad quod aludit illud.*

Scribere me Augustus iubet, mea carmina poscit
Pené rogans blando vis latet Imperio.

Conque debemos concluir que en haberlo escrito Ruidiaz, y por Heredero à su estrechisimó Amigo Don Juan de Ribera, cuyas confianzas hà desempeñado con tanta satisfaccion (aun despues de muerto) como consta en los Autos, es lo mismo que haberlo escrito el proprio Don Juan.

44 Aunque el Manuscrito se explica con bastante satisfaccion sentando por cierto que los Tutores pueden ser Testigos à Exemplo del Legatario: el texto en que se funda este asserto debe entenderse segun la opinion de Bartholo quando la causa no se sigue por el Tutor sino por otro. *Farinacio ubi supra. & pro contraria opinione facit allia conclusio DD. volentium quod Tutor potest esse testis pro Pupilo, quando non per se, sed per allium litigat.* Pero no sea embarazo la disputa de si los Legatarios puedan ser testigos, no obstante la variedad de opiniones que hay sobre ello, porque aunque se conceda tal habilidad; el Amanuense Ruidias, no solo es repelido en quanto Legatario, sinò como Escritor del Testamento, que por haber querido hacer Capellanes à sus Hijos, vino á hacerse sospechoso de falsedad incidiendo en la pena de la Ley.

45 Menos pudo haber authorizado el Testamento el Escribano Valdivieso, por que los Escribanos representan lugar de Testigo de tanta authoridad, que valen por dos, (37) y yà se hà fundado con copioso numero de doctrinas, que los que se interesan en el Testamento no pueden so-

(37) *Pat. Bauptista Fragoso part. 1. Lib. 5. de obligat. moderatæ Reipublicæ. disputat. 13. de Notarijs. num. 314. Mascardus. de probat. conclus. 1099. n. 5. Baldus in Leg. siquis decur. in fine Cod. ad Leg. Cornel. de falsi. Albericus in Leg vxor. ff. eodem.*

ſolemnizarlo con ſus depoſiciones. Hablando eſpecificamente de los Executores Teſtamentarios el miſmo Farinacio (38) enſeña que no pueden teſtificar en aquellos negocios que por ſu miniſterio hande executar, y cumplir. Y verdaderamente que motivo menos ocurre paraque el Abogado, ó Procurador, no puedan ateſtar en la Cauſa de ſu Clientulo, que el que tubo Valdivieſo para dexar de authorizar el Teſtamento en que fuera del lucro de la Capellania le llamaba el honor, y repreſentacion de Albacea.

46 Los Executores Teſtamentarios aunque no ſe conſideren en la miſma claſſe de los Herederos por lo que hace á la ſuccesſion, y dominio de los bienes del Difunto; à lo menos tienen ſus veces como Mandatarios univerſales para hacer todo lo conveniente al cumplimiento de la ultima Voluntad. Es la primera concluſion de Carpio (39) En otro lugar propone la queſtion del Eſcribano que ſe nombra Albacea en el Teſtamento que authoriza (40) Reſponde negativamente con la propria razon que prohibe à el Amanuenſe: *Capere de Teſtamento.*

47 Quando ſe permitiò que los Legatarios podian ſer Teſtigos, ſe reſervò la razon que es oportuna para el aſumpto preſente. El fundamento ſolido de eſſa aſſercion conſiſte, en que el Legatario es un Succeſſor particular con quien el Teſtador nada trata á diferencia del Heredero que como Succeſſor univerſal repreſenta la perſona del difunto. *& cum eo totum negotium geſtum eſt.* Ahora pues ſi el Executor Teſtamentario hace veces de Heredero en quanto Mandatario univerſal que ha de deſempeñar el cumplimiento de todas las diſpoſiciones; es conſiguiente que no pueda ſubſcribir el Teſtamento actuando en ſu Oficio.

(38) *Idem Farinacius loco citato. limit.* 8. *num.* 282.

(39) *Carpius. de* Exe*cutorib.cap.* 9.*n.* 20.

(40) *Idem Lib.* 1. *cap.* 10.*Petrus Pech. de teſtam. Conjug. Lib.* 3.*Cap.* 10.*in principio.*

(41) *Pat. Fragosus ubi supra num. 314. cum Pat. Molina de Justitia & jure Tractatu 2. disputat. 125. Card. Mãtica de conjecturijs ultim. volunt Lib. 1. tit. 6.*

48 Otros dos Lugares no son dignos de omitirse para comprobacion del mismo intento, El Padre Fragoso *proximè laudatus*, y el Cardenal Mantica (41) defienden que el Escribano que aprueba, ò publica el Testamento *in scriptis* en el qual es instituido por Heredero, Legatario, ó Fideicomisario, ora sea de su muger, ò de qualquier otro: *Tenetur pæna falsi: Porrò Testamentum distinguitur in duas species namque alliud est in scriptis, alliud sine scriptis quod nuncupativum apellatur. Inter cætera notandum est quod Notarius in Testamento in scriptis sibi vel Patri in cuius est potestate legatum vel fideicomissum adscribere non potest, & si adscripserit pæna legis Corneliæ defalsis tenetur.* No es asi en el Testamento nuncupativo, porque en él se purga toda sospecha por la deposicion de los Testigos que oyeron la voluntad del Testador.

49 No se repare que estos AA. hablan del Albacea que escribiò el Testamento; lo primero por que yá el Oficial Real en su manuscrito encierto modo confiessa que el Escribano Valdivieso fuè el Director; y Blas Gallo à quien tanto favor se hace contexta lo mismo à fox. 55. buelta Quaderno 3. Lo segundo; porque para el efecto lo mismo es que el Escribano Valdivieso escribiera el Testamento que corriesse à su direccion; segun el sentir de Farinacio, y otros. Lo cierto es que el Testamento en toda su organizacion descubre que Valdivieso fué su Author y resultando de su contexto la institucion de Albacea en segundo lugar, y el beneficio del Patronato, y Capellania, es visto que no pudo authorizarlo para que gozasse de la solemnidad que previene la Ley Real.

Para

50 Paraque no falte un Romancista en nuestra defenza; el Licenziado Pedro Siguenza en el tratado que escribió para Juezes, Abogados, Escribanos Procuradores, Partidores, y Confesores se hace cargo de la question, y la decide asi (42) *Y para conclusion de esta duda se responde con la distincion siguiente: scilicet que si el Testamento fué in scriptis adonde el mismo Tercero que escribió el Testamento se nombró por Heredero del Testador, ó señalo manda, ó legado; que entonces será nulo el dicho Testamento, y no se debe cumplirlo en el contenido, puesto que los Testigos no saben si es verdadera aquella institucion.* Reparese la expresion *señalo manda ó legado que entonces serà nulo el dicho Testamento.* Esto habla aun con el Escribiente Juan de Ruidiaz que por Legatario querìa quedar indemne de la inhabilidad, y pena que lo comprehende. De suerte que en sentir de todos los AA. que se han compilado, y otros muchos que se omiten, el Escribano que es Albacea, y Interesado en otra manda no puede authotizar el Testamento *in scriptis* aunque pueda comprobar el nuncupativo; y el Testigo que tiene casi el mismo interez tambien està impedido para subscribirlo pena de la nulidad.

(42) *Petrus Siguenza Trat. de clausul. instrument. Lib. 2. Cap. 1. num. 28.*

51 La sabia penetracion de los Jurisconsultos advirtiò muy bien todo lo qne podia ofrecer de inconvenientes que los mismos que auxiliaban à escribir, y authorizar los Testamentos, se interesassen con mandas, y otras disposiciones. Por esso los declara incursos en la pena de falsos, porque tales se sospechan por el mismo hecho. En el Testamento *in scriptis* que subscribiò Ruidiaz, y authorizó el Escribano Valdivieso se hace tan visi-

ble esta presumpcion que passa hoy á demostrarsse evidencia.

52 En nuebe foxas dixo el Testador que estaba contenida su disposicion Testamentaria la que manifestò à los Testigos paraque la subscribiessen. A qui es preciso redoblar toda la atencion. Subscrito este Testamento lo llevò à su poder de propria authoridad Don Juan de Ribera, y no lo manifestò hasta despues de muchos dias de la muerte de Don Nicolas. Llegò el caso de que se comprobasse, y presentado en los autos aparece con las mismas numero foxas pero entre ellas un pliego diverso de los demàs en marca, en tamaño de letra, y variedad de figuras en la conclusion de las paginas.

53 La diversidad de Marca es notable por que las seis primeras foxas separandola de la subscripcion, son de un papel que tiene la de una Jarra, y la octava y novena en la numeracion del processo, que es el pliego inserto, demuestran la de tres Mundos con su Cruz clara, y visible. Sigue le decima, y volvemos al papel de Jarra hechandose de ver con mas indibidualidad en la blanca que le acompaña. La disformidad en el tamaño de letra se descubre al primer golpe de vista pues los tres pliegos primeros van escritos con regular disposicion de letra abultada, y el quarto se mira con una grande disonancia, y de letra muy metida desuerte que para acabar à plana, y renglon la novena foxa se viò precisado el Escribiente que lo fuè el mismo Ruidiaz à abrirse en los ultimos cinco renglones de su buelta, cuya letra conviene con la de las ojas antecedentes, y la que le sigue para la conclusion. Es tambien desigual en las figuras rayas que se ven al final de la plana

de

de cada columna por la ſuperabundancia de raſgos que ſe notan en el pliego inſerto que no manifieſtan los otros; como que el Amanuenſe no tubo preſente lo que dejaba en las primeras; y puſo los que le ſugiriò ſu diſcurſo en aquel punto. Aſsi conſta del examen que hicieron los Eſcribanos de Camara en preſencia del Señor Juez Semanero Doct. Don Pedro de Echeverz y Subiza, y lo certifican à fox. Quaderno 3. aunque no expreſſan que las ſiete foxas del Teſtamento ſon de papel de Jarra, quizà porque con lo eſcrito no pudieron diſtinguir perfectamente la Marca, y ſe percibe por aquellas rayas que dejò viſibles la tinta.

54 Poco importaría eſte complexo de reparos ſi en el pliego que ſe dice interceptado el Teſtador hubieſſe colocado algunas diſpoſiciones enteramente diſtantes del interès de Valdivieſo, y del Eſcribiente Ruidias. Pero que querra decir que en eſte vinieſſe à caér la inſtitucion de Capellanía, nombramiento de Capellanes, y clauſula derogatoria vinculada con la Religion del Juramento? Es mucho para caſualidad que Don Nicolas de Ribera tubieſſe papel de Jarra paraque ſe eſcribieſſen las ſiete primeras foxas, la decima, una blanca que queda en eſta, y el pliego de la ſubſcripcion actuada á los ſeis meſes, y diez y ſiete dias de la fecha del Teſtamento, y ſolo para la clauſula derogatoria, y inſtitucion de Patrones, y Capellanes en Valdivieſo, y Ruidiaz fueſſe à buſcar el pliego de los tres Mundos con ſu Cruz. Sin duda todo eſte miſterio quiere decir que ambos tenian à la mano el Teſtamento que no desdeñarìa de fiarles Don Juan de Ribera, y paraque la utilidad no fueſſe ſolo del Heredero arbitraron el modo

de aprovecharsse siquiera con el nombramiento de Patrones, y Capellanes, subrogando esse pliego que nadie pudo advertir porque el Escribano Valdibieso que era author del hecho tubo buen cuydado de hallarsse presente para comprobarlo.

55 Aun llevando las cosas à principios sobrenaturales parece que la Divina Providencia hà querido descubrir la interceptacion, y falsedad. Reconocido el pliego que se dice interceptado se descubre con una notable averìa, en la mayor parte apolillado, y mucho mas en aquel espacio donde justamente caé la clausula derogatoria. Noteſſe que en los quatro quadernos de que se componen los autos no se encuentra igual defecto ni aun en el mismo Testamento en las foxas que le preceden, ò subsiguen se repara vestigio alguno por donde la Polilla se hubiesse introducido, y no es facil permitirsse que pueda pasar tambien por casualidad este hecho, que resalta al menos advertido, y diò golpe à todos los inteligentes que lo hàn especulado, quienes atribuyen la manifestacion de este Sucesso á obra de superior poder, que no siempre tolera iniquidades en perjuicio de tercero. Todo es materia de Hecho que se sujeta à la fidelidad de los Ojos, y es lo que se desea paraque los Señores Juezes formen una fixa y permanente idèa pues las voces corresponden al oido pasan breve, y con pereza mueven el animo dixo Horacio.

Segnius irritant animos dimissa per aures
Quam quæ sunt oculis subiecta fidelibus.

56 No necesita mas calificacion la falsedad que se atribuye al Testamento escrito que la presumpcion que se hà insinuado. La falsedad es un delito de dificil prueba (43) Por esso se justifica

(43) *Leg. si exfals. Cod. de transact. authent. de Test. §. licet. colat. 7.*

con

con Indicios, y Conjeturas. En las causas civiles la presumpcion de falsedad se tiene por prueba, y los indicios aunque no sean visibles sino ocultos quitan la feè á los instrumentos. El delito de falsedad, es el crimen mas grave que se encuentra en toda la naturaleza, es la llave y preparacion de toda maldad, pues no hay vida honor ni caudal seguro de la maquinacion de un falsario. Por esta consideracion en el derecho se han establecido muchas penas que refieren Gotofredo, Ancarrano Bocio, Peguera, y otros varios con Farinacio (44) para corregir semejantes Delinquentes. El Señor Larrea (45) dice *Valde dificilem esse probationem falsitatis, adeo semper in oculto fieri ut exdivina revelatione sit probanda* :::::: *Falsitatem probari inditijs presumptionibus & conjecturijs, maxime in causis civilibus, est opinio concors omnium DD.* :::::: *In causis quæ respiciunt partis interesse, presumptio falsitatis habetur pro ejus probatione quia lex contenta esse debet ea quæ haberi potest* :::::: *Quo ad causam civilem presumptiones falsitatis suficere, etiam si non fuerint vitij visibiles sed latentis & invisibilis suficere ad detrahendam fidem instrumento*. Y concluye *& Iudicem in cuius arbitrio est fides instrumenti non deberi in hoc casu eam adhibere*. Siguenle Barbosa Menochio y los que uno y otro citan; resolviendo ultimamente que el instrumento sospechoso de falsedad, se presume hecho por aquel en cuya utilidad cede, y contra èl resulta un vehemente indicio fundandosse en el derecho. A lo que alude la oracion que por Sexto Rocio Amerino hizo el grande Ciceron. *Lucius Casius ille quem Populus Romanus verissimum & sapientissimum Iudicem putabat, identidem*

(44) *Farinacius. quæst 150. de falsit. n. 17. cum allijs ibi adductis.*

(45) *Dom. Larrea alegat. 96. num. 1. 2. 3. 8. & 25. cum Leg. Iubemus. Cod. de probat. Cap. inter dilectos de fide instrum. Barbosa Vot. 68. Menochius. Lib. 5. Presumpt. 20.*

tidem in causis quærere solebat cui bono fuisset. Y en la de Tito Annio Milon. *Per hæc; quoniam igitur pacto probari potest incidias Miloni fecisse Clodium, satis est in illa tan audatia tan nefaria bellua docére magnam ei causam, magnam spem in Milonis morte propositam, magnas utilitates fuisse, itaque illud Casiànum cui bono fuerit in his personis valeat. Huc usque Cicero.*

57 Por tanto se viene en conocimiento que la presumpcion de falsedad està contra Valdivieso, y Ruidiaz como que ambos se interesaban en el pliego, principalmente no siendo de integra fama, sino de una conducta, y deprabada habilidad; que se halla bien calificada en causa que se sigue en la Real Sala del Crimen. *Quoniam semel malus presumitur talis in eodem genere mali.* Luego estando tan visible, y no latente (como dice el Señor Larrea) la que se hà descubierto; ninguna feé se debe dar al Testamento *in scriptis*, y la presumpcion que se le opone vale por prueba de su calificacion.

58 La sospecha contra el Escribano, y el Escribiente Ruidiaz no se purgò con la renuncia que el primero hizo del Albaceazgo, ni se salva con decir que el lucro del Patronato, y Capellania era remoto. Lo primero, porque segun se ha fundado en los numeros antecedentes, Valdivieso sabia que era nombrado Albacea y Patron, y no siendo uno y otro compatible con el Oficio que actuaba en aquel negocio; la renuncia subsequente no hace prueba en contrario como que esta no se admite contra las presumpciones que se denominan *Juris & Jure.* Lo segundo porque dicha renuncia no fué tempestiva esto es immediata à la muerte del Testador. El Escribano Valdivieso como Artifice de todo el Testamento sabía el interès

rès que en él tenia. Luego que falleció Don Nicolas, y se publicó la disposicion, ya no pudo alegar ignorancia, con todo no se desdeña de entender en su comprobacion. Ante él se hace el examen de Testigos: no piensa en desistirse viviendo Don Juan de Ribera, y porque ya se habia dicho en los Autos lo conveniente contra su proceder, y aun recusadolo enforma, muerto Don Juan hechò mano de la renuncia persuadiendose à que asi se vindicaba de toda imputacion.

59 Lo Tercero; porque no está tan distante el ingreso de sus hijos, y descendientes al goze del Patronato, y Capellania; que deje de verificarsse dentro de muy pocos años. El primer Capellan nombrado era Don Juan de Ribera, este no entra en quenta porque es muerto sin succesion el segundo fuè el Licenziado Don Balthasar Jayme de los Rios difunto sobrino del Testador, y luego sus hijos: Los terceros llamados son asimismos sus Sobrinos y los que viven en la actualidad se hallan de Sacerdotes, quienes con su estado afianzan la carencia de subcesion legitima. Siguen luego sus demàs Parientes, que reduciendose estos à tres ò quatro Señoras mugeres como Doña Liberata Jayme, demas de cinquenta años viuda sin hijos, y las demas de poco menos incasables, venimos á parar en que no se les puede retardar à Valdivieso, y Ruidias la obcion al Patronato. Pero aunque se mirasse mas remoto esse interés no por esso dejaba de padecer la misma nulidad el instrumento como se explicò con Doctrinas recomendables en los numeros 42, y siguientes hasta el 51. de este Punto.

60 Todabia resta otro Capitulo de nulidad. Por Derecho comun, y de Partida fueron escru-

pulosissimas las Cautelas que debian observar los Tabeliones en los Testamentos cerrados paraque pudiessen surtir efecto las ultimas voluntades, y evitar en ellas toda especie de fraude. A este fin los signos, Cuerdas, Anillos Ruegos, escribirsse el nombre del Heredero por el mismo Testador, y otras futilezas que se hallan hoy antiquadas. (46) *Sciturus est Tabellionibus & his qui conficienda Testamenta procurant, quod si aliter facere ausi fuerint pænam falsitatis non evitabunt, quasi dolosé in tan necessaria causa versati. En escrito, dice la Ley de Partida, queriendo alguno facer su Testamento segun dice en la Ley ante de esta, si por aventura lo quisiere facer en poridad que non sepan ninguno de los Testigos lo que es escrito en él, puedelo facer de esta manera. Debe èl por su mano misma escribir el Testamento si supiere escribir, y sinó debe llamar á otro qual quisiere en quien se fié emandegelo escribir en su poridad. Despues que fuere escrito debe doblar la carta, y poner en ella siete cuerdas conque se cierre, demanera que finquen colgadas para poner en ellas siete sellos; y debe dejar tanto pergamino blanco de fuera en que puedan los Testigos escribir sus nomes, é despues de esto debe llamar è rogar tales siete Testigos como dice en la Ley ante de esta, emostrarles la Carta doblada é decirles assi: Este es mi Testamento, é ruego vos que escrivais en él vuestros nomes, è que lo selleis con vuestros Sellos: é el otro si debe escribir su nome, ó facerlo escribir en fin de los otros Testigos ante ellos diciendo assi: Yo otorgo que este es el Testamento que yo Fulano fice, é mandé escribir.*

(46) *Toto tit. Cod. de testam. & specialiter Leg. omnium 19. Leg. hac consultissima 21. Leg. cum antiquitas 28. Leg. jubemus 29.*

Leg. 1. & 2 tit. 1. Partit. 6.

Toto tit. Instit. de testam. ordinand.

Pero

61 Pero las Leyes de Castilla, y Toro à fin de precaber tambien la menor sospecha de dolo, previenen forzosamente con el comun sentir de nuestros Regnicolas; Que el Testamento se hàde entregar cerrado, y sellado por el Testador, y que la subscripcion hàde ser encima de la Escriptura del Testamento, y no en pliego blanco de cubierta pues de otra suerte se vicia, especialmente si aparece una disposicion nada regular, y hay otros adminiculos que contribuyan (47) *Siete Testigos con un Escribano los que hayan de firmar encima de la Escriptura del dicho Testamento ::::: Quia omnes debent se subscribere infra scripturam Testamenti ::::: Sed juditio meo firma hæc inqua nomen proprium & connomen Testatoris sub quibusdam caractheribus & signis propria manu factis loco signaculi jure antiquo requisiti subrogatur ::::: Solemnitatem istam subscriptionum testamenti in scriptis non in papiro alvo esse colocandam, sed á tergo testamenti scripti ita ut non sit ullus falsitati locus. Formula subscriptionis. Dió y entregó á Fulano Escribano ante los Testigos aqui contenidos esta escritura cerrada, y sellada la qual dijo que es su Testamento, y ultima voluntad.* Lo contrario se practicò en nuestro caso. El Testamento no se entregò cerrado, pues ya hemos dicho que el Escribano Valdivieso, el P. Taboada, Don Juan de Ribera, y el Testador estubieron retirados en una pieza conferenciando su contenido; siendo la mayor prueba de nuestra conclusion que el Escribiente Ruidiaz Testigo instrumental, y uno de los mas recomendados por Don Joseph Gomez Moreno, en su declaracion ya citada à fox. 38. Quaderno

(47) *Leg. 2. tit. 4. Lib. 5. recopilat. Castel. Leg. 3. Tauri. Gomez latisimé á num. 29. usque ad 36. Leg. hac cõsultissima Cod. de testam.*

Azebedo ibidẽ n. 17. Gregorius Lopez. Leg. 4 tit. 1. partit. 6. verbo Escribit Matienzo in eadem Leg. 2. Glos. 5.

Leg. finali tit. 2. partit. 6. Leg. 3. tit. 2. partit. 3. & Leg. 2. tit. 1. partit. 6. Burgos in Leg. 3. tauri n. 11. & 1161.

Ciriacus Controvers. 444. Gracianus Cap. 963 Dom. Luca de testam. disc. 2. ubi plenissime de cautela formãdi subscriptionem in eodem dorso testam ut non suficiat ese in folio imbolbente propter periculũ substrationis Schedulæ veræ ac supotitionis alterius.

Practicus Monterroso á Regnicolis laudatus ut patet ex Matheu controv. 78. n. 43.

no 4. declara que en su presencia, y la de los demàs Testigos *se cerró, lacró y subscribió.* Tampoco la subscripcion fuè sobre las Tablas ò Folios del Testamento como debiò ser, pues se cerrò con pliego blanco segun se demuestra, lo que está expresamente prohibido por evitar falsedades, luego es visto que por defecto de solemnidad se desbanece el primer Testamento.

62 Prosigue el Manuscrito, y desde el num. 15. hasta el 23. inclusive hace la mayor fuerza en probar que Don Juan de Ribera no se hallò en Cacaturo al tiempo de la subscripcion del Testamento sino en Piura, à cuyo proposito refiere las declaraciones de Joseph Cortès, Theodoro Gallo, Juan Diaz de Ruidiaz, y Blas Gallo, que dice haber remitido con un criado suyo el papel de aviso à Don Nicolas paraque concurriesse à aquella Estancia respecto de tenerlo assi prevenido el Testador al caso que llegasse el Escribano. Con estas declaraciones se impugnan las del Lizenciado Don Pablo Correa, y Don Juan de Arriola. A este segundo porque dice que *se acuerda* se le dà presencia en aquel acto, y porque refiere que le hizo proprio Don Juan de Ribera, à su hermano Don Nicolas con Juan Joseph Cortés, se le arguye de falso; quando el Proprio fuè remitido por Gallo con su Criado. La presencia de Don Juan de Ribera no se considera inductiba de nulidad por el mismo hecho de haberse hallado presente al Testamento nuncupativo Doña Juana Ygnacia. Tambien no la induce la diversidad de tiempos en que se ordenò el *in scriptis* porque el uno *Contextu actionis* se salba muy bien hallandose los Testigos presentes al tiempo de leerse (48) y firmarse por el que lo dispone.

(48) *Leg. hac consultis. Cod. de testam.*

RES-

RESPUESTA.

63 Con todo el esfuerzo contrario nada se consigue para desbanecer la presencia de Don Juan de Ribera al tiempo de subscribir el Testamento. La verdad es que como advirtiesse que su hermano no procedia de su espontanea, y libre voluntad, en la ordenacion, sinò precisado de sus sugestiones, constandole ya su conclusion en Chipillico, hizo diligencia paraque el Escribano Valdiviesо pasasse à Cacaturo. En efecto llegó este al Parage señalado, y entonces el referido Don Juan mandò à Juan Joseph Cortès con un papel avisandole à Don Nicolas de la llegada del Escribano, à fin de que se pusiesse en camino para aquella Estancia, en donde le aguardaban. Llegado que fue à Cacaturo se cerraron en una pieza el Testador, Don Juan su Hermano, el Escribano Valdivieso, y Fray Ermenegildo Taboada. Alli le prepararon el animo, y saliò de consulta que se subscribiesse, y authorizasse el Testamento. Y esta es la razon porque en Cacaturo se emmendó su fecha poniendo Chipillico en lugar de *Ca* y *Hacienda* en lugar de Sitio, segun lo certifican los Escribanos de Camara en la certificacion ya citada.

64 Los dos Testigos Lizenciado Corrèa, y Arriola declaran el Proprio que se hizo con Juan Joseph Cortés. Este ultimo es Testigo instrumental del Testamento *in scriptis* por tanto no se le puede negar la feè que merece, y hace plena prueba en contrario: (49) *& quilibet ex dictis testibus facit plenam fidem contra producentem, & prefatus testis facit contra dictum tantum & defensorem illius á quibus fuit productus.* La Ley de Par-

(49) *Dom. Valenzuela Consil.* 73. *n.* 8. *&* *Consil.* 78 *n.* 42. *D. Vela disert.* 38. *cum pluribus n.* 69. *in fine Leg.* 31. T. 16. *part.* 3.

Partida. *Ca derecho es pues que el los adujo por buenos Testigos en su pleito, que los reciba contra si, si menester fuere, é esto decimos en razon de las personas de ellos.* Dice pues en su declaracion de fox. 56. Quaderno 3. à la 6. Preg. de que ya se hà hecho mencion, que lo firmó en presencia de Don Juan de Ribera. Y à la 16 las siguientes palabras. *Y lo que si es cierto es què el dicho Don Juan de Ribera llamó este Testigo, y le dió un papel paraque se lo llebasse á su Hermano Don Nicolas á la Hacienda de Chipillico donde se hallaba encargandole mucho se lo diesse en su mano con todo secreto, y sin que lo supiesse Doña Juana Ygnacia su muger que tambien se hallaba, en dicha Hacienda, y con efecto hizo la diligencia este Testigo, y cumplió con el encargo enteramente, de que se siguió el que dicho Don Nicolas se viniesse al sitio de Cacaturo con el declarante en donde firmó el dicho Testamento y subscripcion.* Y concluye *que en esta ocasion vió que estaban encerrados el dicho Valdivieso, Don Juan de Ribera y Don Nicolas.*

65 Contra este declarante nada obra la prueba contraria, pues Blas Gallo es indigno de credito, assi por la dependencia que siempre tubo de Don Juan de Ribera, como porque en esta causa ha hecho tantas declaraciones, y tan diversas que no se puede fixar la consideracion en nada de lo que dice (50) De esta contrariedad, y los efectos que produce es el proprio lugar el Punto siguiente. Quando este testigo mereciesse feè, y lo mismo los demás que con èl concuerdan siempre vendrian á quedar en la classe de una mera negativa sus deposiciones, cuya virtud y naturaleza no pue-

(50) *Benugdelius Biblioteca Juris verbo Testis n. 49. in fine & num. 55. cum copia. DD.*

puede enervar las afirmativas, y mucho mas las de los Teſtigos inſtrumentales pues ſon copioſos los Lugares de Derecho, y Doctrinas que enſeñan que importan mas dos Teſtigos de afirmativa que mil de negativa, que por naturaleza ſe dice improbable. (51) *At teſtis qui deponit aliquem deſcendere á Mauris aut Iudais aut á maculatis qualibet nota deponit per afirmativam; ergo magis creditur uni teſti quamvis ſingulari. vel duobus ſic deponentibus contra Petitorem, quam mille alijs deponentibus per negativam pro Petitore. Conſequentia ex eo probatur, quoniam magis creditur uni vel duobus deponentibus afirmative quam mille allijs deponentibus per negativam, ut communiter dicunt DD.* Siendo riſſible el reparo que ſe le forma à Don Juan de Arriola, porque dixo que ſe acordaba, como ſi el acordarſe induxera preſencia formal.

(51) *Carleval de Judi tijs. tit. 2. diſput. 3. num. 18. & 38. Covarrubias de ſponſalib. & matrim. 2. part. Cap. 3. §. 5. n. 10. Farinacius in Prax. Crimin. quæſt. 65. num. 200. Tuſcus Lit. T. Concluſ. 259 & 270.*

66 El haberſſe hecho mencion de la aſsiſtencia de Don Juan de Ribera en la Hacienda de Cacaturo al tiempo de ſubſcribirſſe el Teſtamento y repararſe ſobre la diuturnidad que gaſtò el Teſtador para concluirlo, influyen tanto contra ſu ſubſiſtencia que ſon los comprobantes bien fundados de ſu ſubordinacion, y de la ninguna deliberacion conque procedió. La preſencia de Don Juan de Ribera, ya no ſe puede negar con lo que hà declarado Juan Joſeph Cortès, y fuè tan neceſsaria que ſin ella no ſe huviera ſubſcripto el Teſtamento. No aſsi la de Doña Juana Ygnacia, pues à nada coòperò como ſe dirá en ſu lugar. Veaſſe que fue preciſo que Don Juan de Ribera ſe empeñaſe con el Licenziado Don Juan Joſeph Talledo como ſe refirió en el numero 30. y luego que recibiò la eſquela Don Nicolas ſe puſo en camino

con el miſmo Cortès que ſe la conduxo. Conſidereſſe con reflexion la conſulta que en la Pieza cerrada huvo entre los quatro concurrentes, de donde ſe ſiguiò la firma, y ſubſcripcion que el Teſtador aun por ſi ſolo no havia querido hechar el Tiempo que tardò Don Nicolas en concluyr ſu diſpoſicion en la Hacienda de Chipillico fue el de trece dias ſegun lo que declara Ruidias à f. 38. Quaderno 4. donde dice tambien las ſiguientes palabras: *Vide el pliego ſobre la meſa, y á viſta de los Teſtigos que firmaron ſe cerró, lacró, y ſe ſubſcribió expreſſando dicho Don Nicolas que en aquel pliego ſe incluía ſu Teſtamento y ultima voluntad, y les encargó á todos muy encarecidamente guardaſſen ſecreto por que no lo ſupieſſe ni llegaſſe á entender Doña Juana Ygnacia ſu muger.* Y las fechas del Teſtamento, y de la ſubſcripcion ſobre que ſe hà reflectido de propoſito en la octava preſumpcion pues no hay acontecimiento que no ſea indicio de voluntad harto manifieſta, y declarada.

67 Por todo lo dicho en eſte Punto ſe concluye que la diſpoſicion *in ſcriptis* de Don Nicolas de Ribera fue nula *tam exparte voluntatis, quàm ex defectu ſolemnitatis.*

PUNTO. III.

EN QUE SE ESCLARECE EL VALOR Y firmeza del Teſtamento nuncupativo, y ſe vindica de los defectos que ſe le oponen.

68 DISCURRE el Oficial Real haver deſembarazado el Teſtamento *in ſcriptis*

tis de los reparos conque se impugnò, y pasando al nuncupativo consume desde el numero 24. hasta el 34. inclusive en copiar los dichos de los Testigos instrumentales; Cita las declaraciones de Theodoro Cortés à foxas 33. Quaderno 1. de Santiago Lopes de Vbillus á foxas 32. y de Blas Gallo à foxas 46. Quaderno 3. para probar que Don Nicolas de Ribera no estuvo en su entero acuerdo à la fecha de su Ordenacion. Al mismo assumpto hace memoria de Juan Raphael Ponce, y Antonio Valderrama à foxas 31. y 32. Quad. 1. uno y otro que dudan si en el acto de Testar estuvo ò no el Testador en su cabal juicio. Se confiesa que dos Testigos de los instrumentales estàn contestes en razon del sano acuerdo de Don Nicolas, y para que se dè mas credito à los que deponen se reflexiona (con la Ley Real de Castilla, y Doctrinas de Matienzo en su exposicion que prescribe el numero de cinco Testigos (52) como solemnidad substancial en el Testamento nuncupativo) que si á estos se impugna como falsos el Testamento claudica por falta de solemnidad, mayormente no haviendose dado prueba alguna en contrario mas que la atestacion del Licenziado Correa, quien precisamente hade estar por el Valor de la disposicion para no complicarse en su falsedad.

(52) *Leg.* 1. *Lib.* 5. *tit.*4.*Recop.Castel. Matienzo Glos.* 4. *n.* 7.

RESPVESTA.

69 Para conocer quam poco tiene de solidèz este Discurso es necesario dar Idèa de la calidad de los Testigos; y del modo conque hicieron sus declaraciones. Estos son Gente de poca cuenta, personas miserables, y operarios de las Haciendas que con la muerte de Don Nicolas continuaron à la

Voluntad de Don Juan de quien esperaban todos sus alivios. El modo conque declararon dà á entender su animo complaciente. Oygase à los que sobre esto deponen. Don Santiago de la Roza à foxas 10. Quaderno 3. dice lo siguiente. *Que quando se traxo á comprobar el Testamento nuncupativo ante el Corregidor Don Juan Domingo Perez de la Calle, vió que los mas de los Testigos antes de passar á dicho acto á Casa del Corregidor entraban primero á la de Don Juan de Ribera, y despues de recibirles el Corregidor su dicho bolvian á lo de Don Juan. Dice tambien que tres Testigos de los que declararon á saber Fulano Valderrama, Blas Gallo, y Theodoro Cortés, son Compadres del expressado Don Juan, y Santiago Vbillus su Commensal, y los demás quasi Sirvientes suyos, y Arrendatarios de aquella Hacienda.* Notese que estos tres Compadres, y el Comensal son los que refieren la alteracion del Juicio del Testador, y yà se vè que no podian decir otra cosa, porque haviendo tomado Ordenes de Don Juan antes de declarar, y despues buelto à darle cuenta segun se ha fundado la diligencia havia de salir conforme à su pensamiento. Notese tambien que el Escribano Valdivieso recibia estas deposiciones, y por su proprio interès havia de propender à destruyr la voluntad nuncupativa dandole de todo razon al referido Don Juan. Concuerda la declaracion de Don Santiago con las de Augustin Sanchez, á fox. 51. Santiago Vbillus de la prueba contraria à fox. 79. Licenziado Don Francisco Morante, Presbitero à fox. 92. y Don Juan de Arriola à fox. 99. Quaderno 3.

70 Aunque por Derecho sea permitido à las partes

partes hablar à los Teſtigos y traherles á la memoria aquello paraque ſon preſentados, con todo ſe les prohibe expreſſamente que no los corrompan ruegen atraigan ni induzcan: *Y mandamos* (53) *dice Su Mag. á las partes y acada una de ellas que no ſobornen los dichos Teſtigos, ni los corrompan ni ruegen ni atraian ni induzgan á que digan lo que les cumpliere y no ſupieren.* La razon es congruente porque con el ſoborno ruegos &c. facilmente pueden ſer ſeducidos en perjuicio de la verdad. Aſsi por eſſe daño ſe manda tambien que el Juez de la Cauſa en tal caſo caſtigue conforme à derecho à los que lo contrario hicieren. Eſtos recelos hoy ſe ven practicos en las depoſiciones de que ſe trata, pues unos Teſtigos que deliberadamente tenian ſubſcripto el Teſtamento nuncupativo en prueba del concepto que formaron del eſtado capaz del Teſtador, por las inſignuaciones de Don Juan de Ribera, ſe atrevieron à declarar lo contrario, pero tan deſcaradamente que no tuvieron embozo para viſitarle antes, y deſpues de la diligencia, como en ſeñal de que ſolo intentaban lograr ſu beneplacito. Si la prohibicion eſtà tan eſtrecha para con los miſmos intereſſados que ſolicitan declaraciones por eſſe modo menos regulado, quanto mas fuerte deberà entenderſe reſpecto de Don Juan de Ribera, que en la comprobacion del Teſtamento nuncupativo ſolo ſe intereſſaba en ſu nulidad, paraque ſubſiſtiera el *in ſcriptis* diſpueſto por Valdivieſo à ſu contemplacion.

(53) *Leg. 8. tit. 6. L. 4. Recopil. Caſt.*

71 El Oficial Real confieſſa que dos de los Teſtigos inſtrumentales expreſſan que el Teſtador eſtaba en ſu acuerdo. Eſtos ſon Pedro Mendoza, y Gabriel de la Peña, pero omite porque le con-

viene las demàs depoſiciones que conſpiràn al miſmo fin. Don Raphael Zifuentes Prada, Europeò Amanuenſe del Teſtamento nuncupativo à fox. 22. Blas Gallo, à fox. 32. Auguſtin Sanchez, à fox. 51. Licenziado Don Pablo Correa, à fox. 71. y Santiago Lopez de Vbillus, á fox. 79. Quaderno 3. todos convienen en la ſanidad de juicio como que ſe hallaron preſentes y lo percibieron por el orden de la diſpoſicion y conteſtaciones del Diſponente.

72 Ya ſe notarà que Santiago Vbillus, y Blas Gallo, eſtan contrarios en ſus dos declaraciones. En la de foxas 27. Quaderno 1. Vbillus havia dicho que Don Nicolas no eſtuvo en ſu acuerdo quando teſtò, y en la de fox. 79. que ſe acaba de referir aſevera à la 9. pregunta que ciertamente eſtaba en ſu juicio. Eſta expreſsion *Ciertamente* con malicia ſe emmendò, poniendo en ſu lugar la voz probablemente. La prueba clara, y concluyente de eſta emmendatura ſe percibe del miſmo contexto de la extenſsion de ſu dicho, pues eſtando ſalbados al fin los errores, y equivocos que en ella ſe padecieron como lo deben hacer los Eſcribanos por ſu Oficio, ſe omitió la palabra *ciertamente* ſin duda porque ahora deſpues ſe advirtiò la ſubrogacion que es eſpecie de falſedad, y como tal la conocen los AA. Blas Gallo, en la de foxas 29. Quaderno 1. tenia tambien proferido que prevaricaba, y deliraba el Teſtador, y que nò tuvo deliberacion abſoluta, y en la de fox. 32. Quaderno 3. expreſſa que eſtuvo en ſu entero acuerdo, y eſto miſmo lo comunicò al Eſcribano Sergio Paulino de Avilès, ſegun lo certifica à foxas 36. dicho Quaderno, lamentandoſe que por eſta declaracion que era conforme à la ver-

dad

dad lo perdia todo, y aun temia que le quemaran la Casa. Recomiendase muy particularmente la certificacion de Sergio Paulino, (que no se trascribe por ser bien dilatada) paraque se forme cabal concepto del artificio conque ha sido perseguida la Viuda en todas sus pretenciones.

73 La contrariedad que se hà notado nos pone en la precision de examinar un punto bien obvio de Derecho. Que feè merezcan los Testigos que se contradicen en sus declaraciones. Las opiniones estan divididas. Unas fundan que se debe atender al primer dicho. Otros ponen la feè por el segundo. Dicen tambien que se estè á lo mas verisimil. No falta quien distinga entre la atestacion en juicio sumario, y la que se hizo en plenario. Pero los que con mas acuerdo, y solidèz discurren, enseñan que à ninguna deposicion se dè credito y todas se repelan castigandose los Testigos con pena de falsos. El Señor Valenzuela Velazquez, (54) *Testibus autèm sibi met contrarijs* (*inquit*) *nullo modo creditur maximè contra Reum.* Farinacio con la plenitud que acostumbra (55) *Regula sit negativa quod Testis sibi varius, aut contrarius nihil probat* :::::: *Regula sit quod Testis sibi varius & contrarius punitur de falso.* Comprueba su Sentencia con muchos textos del Derecho civil, y canonico. La razon es eficaz porque los Testigos se perjuran en la segunda declaracion que hacen contraria à lo que tenian jurado, y como no se deban admitir perjuros aun para probar el delito de lessa Mag. se sigue que sean repelidas sus declaraciones. La consequencia contra Gallo, y Vbillus se viene à los ojos por lo que conviene no immorarse en su deduccion.

(54) *Valenzuela Velazquez Conc. 163. n. 56. & 57. Specul. Lib. 1. tit. de Testib. §. 12. n. 1. & plur. allij ibi citatis.*

(55) *Farinacius Prax crim. de oposit. contra Test. dicta quæst. 66. n. 13 eadẽ quæst. part. 2. n. 56. & part. 4. n. 125. 150. 151. & 152.*

74 Aun resta otro fundamento paraque à Gallo, y los demàs Testigos que contradicen el Juicio de Don Nicolas no se les dé credito, pues sus dichos consisten en mera negativa, à la qual prevalecen las deposiciones afirmativas que contestemente dicen del Testador que estaba en todo su acuerdo. En el Punto antecedente Num. 65. se produxeron las Doctrinas que califican esta proposicion.

75 Pero si con todo ocurre alguna duda la elevada pluma del Cardenal de Luca nos hade sacar de ella. Refiere esta Purpura (56) que estando gravemente enfermo Juan de Vienot otorgò su Testamento nuncupativo delante de siete Testigos y un Escribano, instituyendo por Herederos á dos Hijos suyos. Para el caso que muriessen sin succesion substituyò à Simeon su Pariente, y porque no quedasse sin parte á Ana su muger le dexò una manda. Muerto el Testador Ana viuda addió la herencia, y cumpliò sus disposiciones. Murieron despues los instituydos sin Herederos, y llegando el caso de la substitucion de Simeon, sus hijas Margarita, y Magdalena que representaban la persona de su Padre difunto alcanzaron el goze de aquella parte que les correspondia. Moviose litigio, y cometida la Causa á la Sacra Rota, sediò resolucion contra Margarita, y Magdalena Actoras en 24. de Henero de 1659. y 27. de Febrero de 1660. declarando por nulo el Testamento de Vienot. *ob Testatoris amentiam* Estas determinaciones se revocaron en 20. de Junio de 1661. Y haviendo quedado las cosas en serenidad passado tiempo se bolviò à mover la instancia en la que fué confirmado el valor del Testamento en 17. de Noviembre de 1670.

(56) *Card. Luca plenè videndus Discurs 39. usque ad n. 16. de Testam.*

Los

76 Los fundamentos que proponia la Viuda Ana como heredera *abinteſtato* de ſus hijos eran dos: El primero la depoſicion de algunos Teſtigos inſtrumentales, y otros varios que decian que el Teſtador havia eſtado tan frenetico, que fuè preciſſo ſe le tuvieſſe bien aſſegurado en la Cama. Lo ſegundo que aquel Teſtamento, no havia ſido produccion del Teſtador ſino del Eſcribano que articulaba la diſpoſicion, y el enfermo reſpondia con el verbo ſimple *Si* ò otras ſeñales. El primer fundamento correſponde à eſte lugar, el ſegundo ſe reſerva para mejor ocaſion. Es *interminis* lo que dice el Oficial Real para deſvanecer la diſpoſicion nuncupativa.

77 Por parte de los Herederos del ſoſtituto Simeon ſe propuſieron ſeis razones, y aqui ſe enunciaràn las que conducen à nueſtro propoſito. La primera porque no huvo pruebas baſtantes de la Amencia, y en caſo de duda el Teſtador ſe preſume *ſanæ mentis* cuya preſumpcion transfunde *el onus probandi* al Opoſitor. La ſegunda, la ſubſcripcion de los Teſtigos que reconocieron ſus firmas. La tercera; la declaracion del Parrocho que lo acababa de ſacramentar. La quarta lo bien ordenado y reglado de la diſpoſicion. Y la ſexta; que la miſma Ana pagó Legados, y cumpliò otras diſpoſiciones contenidas en eſſe Teſtamento, y aquellas razones que vencieron à la Viuda de Vienot ſon las miſmas que prometen el Triumpho à la de Don Nicolas de Ribera. No hay prueba baſtante que deſtruya el juicio de eſte al tiempo de Teſtar, y por el contrario ſe ofrece la mas relevante para calificar ſu ſano animo. Los Teſtigos inſtrumentales reconocieron ſus firmas. El Licenziado Corrèa, que ſirvió de Parrocho declara que le adminiſtrò los Sacramentos aquella miſma ma-

mañana al Teſtador. La diſpoſicion nuncupativa manifieſta en ſu arreglo un acuerdo perfecto. Y finalmente el Oficial Real pagò à Doña Eugenia Campo Roſillo Legataria en eſte Teſtamento un Legado que ſe le dexaba.

78 Ya inſta la reſpueſta al fundamento de Ana que es la propria de debe dar Doña Juana Ygnacia al Oficial Real. Los Teſtigos inſtrumentales que deponen el frenesì del Teſtador, no deben ſer oidos, y juſtamente porque como con ſu ſubſcripcion tengan aprobado la diſpoſicion y cabal juicio de ſu Author es eſpecie de torpeza alegar lo contrario que no ſe admite en derecho. *Ac ulterius* dicè el Cardenal *cum ex ſupra dictis ac pluries inprecedentibus teſtes ſubſcribendo aprobare dicentur, ea quæ per Notarium geſta ſunt; ita contrarium aſſerendo, contrarij dicendi ſunt propriam turpitudinem allegantes* :::::: *& paulo poſt potiſsime quia non agebatur de mentis infirmitate fixa & conformata, ſed de accidentali freneſi reſultante á periodis morbi; non enim omnis hebetudo cauſam inteſtabilem redit.* Aſsi tambien no ſe debe creer à Gallo y los demàs que vienen contra el Teſtamento nuncupativo por la torpeza que embuelven ſus dichos. Vienot llegò à delirar tanto que fuè preciſſo lo ligaſſen en la Cama, con todo ſe declaró por valido ſu Teſtamento, porque ſu enfermedad de animo no havia ſido fixa, y permanente ſinò accidental, que pudo reſultar de los periodos de la dolencia. *Non enim omnis hebetudo Cauſam inteſtabilem redit.* Luego Don Nicolas que nunca fuè loco ni amente aunque eſtubieſſe un poco caydo con el accidente ni perdió la razon; y conſiguientemente la diſpoſicion no ſe irrita por eſſe ſi acaſo merece el nombre de defecto.

No

79 No difta mucho de la Hiſtoria de Vienot la de Juan Jacobo Saxecio, Napolitano Oficial de Platero de Oro (57) Otorgò eſte ſu Teſtamento cerrado en el que deſcribe todos ſus Vienes principalmente una Arca con diferentes alhajas de valor, y varias herramientas de ſu Oficio que havia depoſitado en el Monte de piedad de la Ciudad de Napoles. Separò la legitima que por derecho le correſpondia à un Hijo ſuyo, y à una Nieta que le havia quedado de otro hijo difunto. Llegando á la inſtitucion de Herederos nombrò por tal al Hoſpital de Incurables de aquella Ciudad, y ordenò que la Arca depoſitada ſe le entregaſſe por via de Legado al de San Sixto. Falleciò finalmente el Teſtador baxo de aquella diſpoſicion, y con ſu muerte ſe abriò el Teſtamento, con lo que ſe puſieron en movimiento los dos Hoſpitales. Entonces ſalieron à la Demanda el Hijo, y la Nieta que no havian ſido perjudicados en ſu legitima, pretendiendo ſe declaraſſe por nulo el Teſtamento por haberſe otorgado en tiempo que Saxecio eſtaba amente. Intermediò cierta competencia ſobre que Juez hubieſſe de conocer de la Cauſa: En cuyo eſtadò el Hoſpital de Incurables ſe convino con los Hijos del Teſtador por la cantidad de mil ſetecientos ducados, y ſe allanò à que fueſſen declarados por Herederos *abinteſtato.*

(57) *Idem Card. Luc. Diſcurſ.* 40. *per totum.*

80 Los Adminiſtradores del de San Sixto obtuvieron decreto paraque ſe les conſignaſſe la Arca de ſu Legado. Eſta providencia dió motivo à que ſe inſtauraſſe la demanda de nulidad, y aun la competencia de fuero. Los Actores pretendian que ſe les deſpachaſſe remiſſoria para probar la Amencia del Teſtador. Reſiſtiolo el Hoſpital,

y por las ſoſpechas, y recelos que deduxo ſe declarò no haver lugar. La Amencia ſe quedaria dar à conocer porque el Teſtador con ſu accidente; y edad eſtaba impaciente llamando continuamente al Diablo, y profiriendo otras palabras indecentes quexandoſe de ſus Hijos, y moſtrandoſe tan imprudente con ſus Criados que era preciſſo remudarſelos cada dia; pero eſtos hechos no la probaban en baſtante forma. *Aliud enim eſt (inquit Luca) aliquem eſſe imprudentem vel hebetem, ſeu etiam haberè fantaſiam in aliquo ofenſſam alliud vero eum eſſe omnino amentem adeo ut dici valeat inteſtabilis: frequenter enim videmus præſertim in ijs qui hipocondriacis morbis ac paſſionibus ſubiacent, quod ob illam paſsionem plures actus gerunt exquibus quaſi profurioſis vel amentibus de facto reputantur, & tamen non ſunt tales.*

81 Tambien la diſpoſicion Teſtamentaria quitaba toda ſoſpecha por ſu reglada ordenacion á la qual en caſo de duda ſe debia diferir debiendoſe conſiderar que el Notario y los Teſtigos en ningun modo ſe intereſaban en la cauſa pia para que ſe ſoſpechaſſe de ſu feé. Y aunque algunos de los inſtrumentales depuſieſſen por la Amencia no ſe les debia dar credito, como que alegaban ſu propria Torpeza. (Idem) *Quodque ſi aliquì ex iſtis contrarium dicerent, tanquam allegantes propriam turpitudinem eſſent fide indigni, quam circa Sacramentorum adminiſtrationem antea etiam, vel poſt Teſtamentum.* Ni el orden que ſe advertìa en todas las clauſulas del Teſtamento podia atribuirſe á conſejo del Eſcribano, ò de otro hombre Sabio porque los hechos ſobre que ſe verſaba la diſpoſicion à ninguno podian conſ-

tar

tar que à el mismo disponente. (Idem) *In hac autem facti specie, bona & prudens ordinatio consistebat in hijs quæ facti erant & quæ non nisi ipsi Testatori innotescebant.* Con todo concluye el Cardenal con la Sentencia de San Agustin, que aunque *stricto Jure* el Legado se debia entregar integramente, àconsejó à los Administradores de San Sixto que se compusiessen teniendo por regla lo que havia practicado el otro Hospital.

82 Toda la defenza del Hospital de San Sixto viene como ideada à favor del Testamento nuncupativo. Juan Saxecio con sus desesperaciones daba à entender que no estaba en su acuerdo. Assi se quiere decir que Don Nicolas con el Sueño que tenia estaba fuera de si. El Testamento de Saxecio en el orden, y buen concierto de sus clausulas manifestaba que el Testador era *sanæ mentis.* Assi tambien la prudente disposicion de Don Nicolas persuade su perfecto acuerdo, pues de otro modo no se huviera acordado de las obras pias que tenia ordenadas; del numero de Castellanos, de Oro, y Cabezas de Ganado sobre que se ofreciò contestar; y lo que es mas no huviera traydo à la consideracion aquel papel Testamentario que havia guardado en su Gaveta. Nada se podia sospechar del Escribano que authorizò el Testamento de Saxecio, porque no tenia interès en èl. Tampoco el Licenziado Don Pablo Correa que fuè el Interlocutor del nuncupativo era interesado en su contexto. A los Testigos instrumentales que deponian que Saxecio no estaba en su juicio no se les diò credito porque alegaban su propria torpeza. Del mismo modo debe desestimarse Gallo, y sus Confederados, porque impugnan su proprio hecho. A Saxecio se le acababa de Sacra-

mentar en prueba de la ſanidad de ſu Entendimiento. Tambien Don Nicolas fuè Sacramentado en la propria mañana que teſtò. En fin porque havia unos hijos intereſados aun debiendoſe cumplir perfectamente el Legado, ſe les aconſejò à los Adminiſtradores del Hoſpital que ſe conviniesſen ſiguiendo la otra tranſlaſion. No ſe dá en el preſente caſo interés de Hijos pero ſobra la recomendacion de una Señora Viuda, y circunſtanciada que ocupò la flor de ſu edad en ſervicio de un Marido Anciano, y por tanto mucho mas moleſto de quien no puede recibir otro beneficio que la inſtitucion que litiga. A el Oficial Real no ſe le puede decir que ſe convenga, conque es indiſpenſable que dandoſe la reſolucion *ſtricto Jure* ſe declare por ſubſiſtente la voluntad nuncupativa.

83 El grave argumento del Oficial Real de que contradiciendo las depoſiciones inſtrumentales claudicára la voluntad nuncupativa por defecto de ſolemnidad; es el miſmo de que ſe hizo cargo Julio Caponio (58) hablando de otro Teſtamento igualmente impugnado por algunos de los Teſtigos que lo ſubſcribieron. Primeramente dice que los Teſtigos que ſubſcribieron en el Teſtamento por el miſmo hecho aprueban ſu thenor, y ſe entiende que con la ſubſcripcion concluyeron ſu Oficio. Aſsi no pueden deponer contra èl porque no merecen feè, y ſon notados de torpes alegantes. Es neceſario que prueben concluyentemente para ſer admitidos, que ſolo por ſeduccion lo firmaron, y no ſiendo de eſſe modo legitimamente pueden reprobarſe ſus ateſtaciones.

(58) *Julius Caponius Diſc.forens.* 370 *num.* 50. & 51.

84 Dos cauſas refiere el citado Author que pueden intervenir para reprobar la declaracion de los Teſtigos. La primera la llama antigua, eſto es aquella que ocurriò al tiempo de la ſubſcripcion.

La

La ſegunda la diſtingue con el titulo de nueva, y ſuperveniente. Quando la Cauſa es antigua conviene en que por ella no pueden ſer reprobados pero en la nueva y ſuperveniente no tiene duda que es admiſible la reprobacion. Explica aſsimiſmo qual ſea cauſa nueva. Dice que es aquella (y ſe tiene por baſtante) por la qual conſta que los Teſtigos han ſido hablados para la declaracion, y llegaron à ſer Familiares de aquel en cuyo obſequio teſtifican. La propria contrariedad de ſus dichos á lo authorizado del Inſtrumento, es otra nueva cauſa. *& quamvis (ait) aſſerat teſtes inſtrumentarios vel á contrahentibus aprobatos reprobare non poſſe, facilime reſpondetur nam quidquid ſit de hac opinione quæ ſuos etiam habet contradictores, id tamem locum ſibi vendicat quando Teſtes reprobarentur ex cauſa antiqua quæ aderat tempore inſtrumenti, ſecus ſi nova cauſa ſuperveniſſet, tunc enim eos reprobari poſſe nemo eſt qui dubitet, & receptiſſimam eſſe omnium diſtinctionem, conſtat & DD. qui tradunt ſuficere ſi ante quam deponerent allocuti fuere exallocutione enim partis & afectione ad eandem relevans reſultat exceptio. Deinde: Item ſupervenit nova cauſa nempé quia Vaſsallij & familiares Domini Hectoris in cuius obſequio pluribus annis exteterunt quæ tempore teſtamenti non aderat. Pro ut enim nova Cauſa eſt eorum contrarietas & mendatium contradicentes publicis ſcripturis ac tacitæ eorum depoſitioni factæ pro Teſtamento ut ſupra ponderatum fuit quæ cauſa ſola ſuficeret ad eorum reprobationem.*

85 Ha parecido conveniente tranſcribir todo el Lugar de Julio Caponio para que el Oficial Real quede ſatisfecho con la reſpueſta à ſu Ob-

jecion. Los Teſtigos inſtrumentales que deponen contra el Teſtamento nuncupativo lo ſubſcribieron de ſu libre, y eſpontanea voluntad. Nadie los preciſò á la ſubſcripcion, ni en los Autos ſe encuentra el menor raſgo en eſte aſumpto. La cauſa porque ſe reprueban es ſuperveniente deſpues de haver ſubſcripto el Teſtamento, y muerto el Teſtador. Eſta es la alocucion de Don Juan de Ribera, y por la qual los declarantes antes, y deſpues de jurar entraban, y ſalian en ſu Caſa como queda probado con cinco depoſiciones conteſtes en el Numero 69. Tambien fuè nueva cauſa la de haverſe hecho Familiares de Don Juan Sirvientes de las Haciendas que ſe litigan, ſus Compadres, y meneſteroſos de ſu proteccion para aſſegurar mejor la ſubſiſtencia de aquel manejo. Fuè ultimamente nueva cauſa el miſmo hecho de contrariarſe à la tacita depoſicion que induce el acto de ſubſcribirlo. Todas eſtas que ſe denominan ſupervenientes facilitan la impugnacion de los Teſtigos paraque no ſe les dè credito en la parte que atribuyen falta de Juicio al Teſtador, y debiendoſe unicamente eſtar al nudo hecho de la ſubſcripcion reconocida, ſe ſalva la ſolemnidad que requiere la Ley por forma del Teſtamento nuncupativo.

PUNTO. IV.

EN QUE SE DESCRIBE LA CALIDAD de los Sueños de Don Nicolas de Ribera, y ſe continua el aſumpto del antecedente.

86 EN los Numeros 35. y ſiguientes haſta el 47. incluſive ſe perſuade que Don Nicolas

colas de Ribera padeciò un Sueño tan pesado al tiempo de disponerse el Testamento nuncupativo que le privò de su cabal Acuerdo. Al proposito se traè la Doctrina de Pablo Zachias (59) en sus questiones medico legales que refiere y explica tres especies de sueño. Letargo, Comas, y Caros. Y apellidandose preternatural, ò morbifico el del Testador, se le atribuye el primero ò el Comas somnolento. Por este sueño se dice con la opinion del mismo Author que Don Nicolas debe reputarse en aquel acto por insano, demente, ò fatuo, pues no estaba en el principio de su accidente como se calificò por la muerte que le subsigiò al dia immediato, y declaracion del Licenziado Correa, que expresó su gravedad. Tambien se hace memoria del sueño de los buenos, y sanos, los quales no tienen voluntad bastante para contraher, y delinquir sino es *in causa* segun el Señor Covarrubias y Menochio. (60) y mucho menos los que son enfermos de sueño.

(59) *Pablo Zachias. Quæst. Medic. Leg. Lib. 2. tit. 1. quæst. 13.*

(60) *Covarrubias cap si furiosus de homicidio 3. part. §. unico. Menochius de arbitrar Lib. 2. cas. 327 num. 5.*

87 A continuacion de los Sueños corre desde el Numero 48. hasta el 63. inclusive refiriendo algunas declaraciones para fundar la repugnancia que tuvo el disponente al tiempo que se ordenò el ultimo Testamento. Se citan las deposiciones de Santiago Lopez de Vbillus à foxas 28. Quaderno 4. Blas Gallo à foxas 46. buelta Quaderno 3. Joseph Antonio Valderrama à foxas y Don Raphael Zifuentes á foxas dicho Quaderno. El primero dice haver reconvenido el Licenziado Correa al Testador paraque dispusiesse sus cosas, y respondido este que no estaba para ello bolviendole la espalda. El segundo, que à sus instancias lo reduxo, y despues de principiado respondiò que lo dexassen bolviendo la cara al otro lado. Aña-

de que preguntandole el motivo de la resiſtencia le ſatisfizo con eſtas palabras. *Compadre como quiere Vm. que haga Teſtamento, quando ſabe que tengo hechas todas mis diſpoſiciones?* Que reducido Don Nicolas el Licenziado Correa dictaba las Clauſulas teniendo por delante un Libro intitulado Villalobos, y haviendoſe negado à reſponder enteramente fue preciſo que el Teſtigo llegaſſe à la Cama à hacerle otra nueva inſtancia y entonces ſe le oyeron eſtas expreſiones. *Compadre, Vm. tambien me quiere matar?* y al concluirlas ſe bolviò al lado contrario dando la eſpalda al concurſo. Deſpues el Licenziado Correa, y Quevedo bolvieron à inſtarle, y condeſcendiendo Don Nicolas era neceſario para cada clauſula no ſolo que ſe le hablaſe alto, ſino que ſe le remecieſe dos y tres veces el Cuerpo, y aún àſsi coſtaba gran trabajo porque el accidente lo tenia ſufocado tanto que de clauſula à clauſula ſe quedaba como un tronco en un profundo ſueño. El Tercero conteſta la repugnancia para la formacion del Teſtamento. La direccion del Licenziado Correa por el Libro que tenia en la mano, y los remecimientos de cuerpo. Y el quarto coadyuva à la miſma repugnancia.

88 De eſta ſe ſacan por inconvenientes las Doctrinas que previenen la Libertad en el acto de Teſtar. Se traen varios Teſtos del derecho comun, algunos Capitulos Canonicos, y ſe cita à Menochio (61) para fundar que no ſe puede compeler ni importunar á los Teſtadores paraque otorguen ſus diſpoſiciones, porque entonces el Heredero ſe priva de la Herencia, y cae en criminalidad, cuyo caſtigo ſe reſerva al arbitrio de los Jueces deduciendoſe de todo que pueſto que Don Nico-

(61) *Leg. 1. Cod. de Sacros. Ecleſ. toto titulo ff. & Cod. ſi quis aliquem teſtari prohibuerit Leg. 1. Cod. eodem. Vlpianus Leg. 1. §. perſuaderé ff. de ſervo corrupto. C. cum Iuventute de purgat. cononic. extravagant. ex ſecrab. de prebend. Menochius de arbitrarijs lib. 2. caſu 395.*

Nicolas repugnó teſtar en el principio, en el medio, y al fin, y ſolo lo executó por verſe libre de las importunidades del Licenziado Correa, y Gallo no debe ſubſiſtir eſte Teſtamento.

RESPUESTA.

89 En eſte Punto ſe han recopilado dos medios opueſtos de que ſe vale el Oficial Real para deſtruir la voluntad nuncupativa. El primero ſupone que el Teſtador ſe hallaba inſano fuera de ſu juicio por el Letargo, ò Comas ſonnolento que padecia. Y el ſegundo alude à que repugnó teſtar, y ſolo ſe reduxo à fuerza de las perſuaſiones conque le moleſtaban. Contra el Letargo eſtá el Numero 3. de los apuntes del Oficial Real en que conviene que Don Nicolas reſpondia à las preguntas que le hacia el Licenziado Correa deſpues de deſpierto con la diligencia de remecerle. Si D. Nicolas dormia en un ſueño inexpugnable como reſpondia deſpues de deſpierto? Y ſi conteſtaba yà deſpierto como dormia en eſſe ſueño? Daſe tal atributo al ſueño, que por èl Don Nicolas vino en demencia, y falta de entendimiento; pero al miſmo tiempo ſe le aplica una noluntad, y reſiſtencia bien declarada con repetidos actos y diverſas expreſiones. Si Don Nicolas con ſu Letargo, ò Comas ſonnolento ſaliò de ſu razon, y acuerdo como repugna teſtar y funda tan acordadamente ſu repugnancia diciendole á Gallo *Compadre Vm. tambien me quiere matar, no ſabe que tengo ya hechas mis diſpoſiciones*? Y ſi tuvo libre voluntad para contradecir con tanto acuerdo las repetidas inſtancias del Licenziado Correa para que teſtaſſe como ſe le trata de demente inſano,

letargico, y comatico? Esta contrariedad tan visible convence el dilemma siguiente. O los sueños son falsos, ò no es cierta la repugnancia de Don Nicolas porque uno y otro es incompatible como que no importa menos concepto que decir de Don Nicolas que estuvo, y no en su acuerdo.

90 Pero la verdad es que ni los sueños (que se suponen) prueban defecto en la potencia intelectiva de Don Nicolas, ni la repugnancia tal noluntad que induzga nulidad en la disposicion.

91 Los signos de la enfermedad de animo son tan varios que no es facil dar un numero fixo. Por esso les parece bien à los Theoricos antiguos establecer por regla general que su conocimiento pende *ex factis & verbis*. (62) Los hechos son unos Corporeos, y otros civiles. Cerca de los primeros un mal andar, un desviarse del camino torciendo los pies alterando los ojos y miembros, llebando el cuerpo mal; haciendo visajes, y otros movimientos descompassados son indicios de Demencia. En orden á los segundos el saludar:, y dar honores à quien no se debe menospreciando à el que es acrehedor de ellos. Donar sus bienes à quien no los merece tambien hace presumir de fatuidad. Y en esta consideracion fuè notado de estulto, y incipiente el Emperador Claudio por haver adoptado à Domicio Neron, pudiendo executarlo con Britanico su hijo legitimo. Y de muy discreto Achiles quando le expuso à Eneas que no esperase reportar los honores del Reyno de Priamo aunque le matasse. *At si me interfeceris non tibi propterea Priamus honorem in manibus ponet, sunt enim ei filij, ipse autem sana mente & non stultus.* (63) Por el orden de palabras tambien se percibe el desbarato de la

(62) *Castrensis in Leg. Idem Julian. §. constat. ff. de legat. & ibi quoque Jason Castrens. in Leg. quid in testam. ff. de condit. instit. n. 5. & seq. Lanfranc. de deposit. test. num. 148. Aretin. in §. furiosus instit. de curatorib. n. 4.*

(63) *Apud Homerum Iliad. Lib. 20.*

razon

razon, aunque de esta regla se exceptuan los Enfermos, que muchas veces por la vehemencia de la Fiebre, ò por algunos calores que les suben à la Cabeza profieren algunas expresiones inconducentes, y con todo no son freneticos ni amentes. En conclusion para juzgarse la demencia es necesario considerar los dichos y hechos de aquel de quien se trata; sus pasiones de animo: las señales que exponen los Medicos y otras causas, que se dicen procarticas extrinsecas, y antecedentes. Pablo Zachias dá todas estas reglas. (64) *Ian vero ex his colligant Jurisperiti quænam consideranda sint ubi de aliquo Juditium ferendum an insaniat nec nè, & quid oporteat testes deponere per quos dementia sit probanda. Primo enim facta, ac verba ut illis placet inspicienda. Secundo animi passiones. Tertio signa á Medicis tradita. Quarto causæ pregressæ quas evidentes procatarticas extrinsecas & antecedentes nominamus. Hæc omnia enim signorum vicem gerunt in adminiculanda dementia.*

(64) *Paulus Zachias. Lib.* 2. *Quæst.* 3. *num.* 2. 3. 6. 9. 13. 17. & 35. *in fine Escaño de testam. Cap.* 21 *num.* 74. *usque ad* 100. *Dom. Castillo Lib.* 4. *controvers. Cap.* 28. *plenissime.*

92 Nada de lo dicho se adapta à Don Nicolas. En su vida jamàs se le notaron algunos accidentes corporeos ó civiles que lo declarassen fatuo, ò amente. Siempre fuè cuerdo en sus hechos, y palabras. Medicos no lo asistieron en su enfermedad que pudieran declarar signos de amencia. Los Testigos no enuncian hechos que la den á conocer, pues no basta decir que estaba fuera de su juicio al parecer y que no estaba en su acuerdo. Antes todo lo contrario consta porque respondia concertadamente à lo que se le preguntaba. No concurren otras causas procarticas extrinsecas; luego forzosamente se hade confessar que no huvo tal amencia.

93 Los Sueños ponderados han ſido idea de los Teſtigos en obſequio del Oficial Real. El morboſo que tambien ſe llama no natural en quanto induce demencia es de diſcernimiento privativo de los Medicos à cuyo cargo corre la aſiſtencia y curacion del Enfermo. A eſtos miſmos toca deponer ſu ſanidad, ò amencia; y en caſo de duda à ellos ſolo ſe les dá credito. El mencionado Zachias con quien ſe apoya todo el ſyſtema contrario es el Author de eſtos principios fundandoſe en varias deciſsiones de la Sagrada Rota, y un texto del derecho comun que ſiguen Farinacio Alexandro, y Maſcardo. (65) *Quam multi ſint* (inquit) *quæ circa hanc materiam de dementia á Medicis requirere Juriſconſulti conſueſcant, notius ipſis eſt, quam ut á mé longioribus demoſtrari poſit. Cum enim has paſsiones ſoli Medici cognoſcant ut nobis notum eſt, & ipſi quoque fatentur, non alliam ob rem Medicos in ſimilibus caſsibus adjudicandum adhibent nec præter rem ſancitum eſt morbum per Medicos curæ inſervicntes unde ipſis ſolis creditur cum dubitatur an Teſtator furioſus vel demens fuerit nec né.* Noteuſe las palabras *Cum enim has paſsiones ſoli Medici cognoſcant*, y las que ſubſiguen. *Vnde ipſis ſolum creditur cum dubitatur an Teſtator furioſus vel demens fuerit nec né.* que para el intento que ſe và probando ſon importantiſsimas, pues no huvo Medico que aſiſtieſe à Don Nicolas en ſu ultimo accidente (como ſe ha reflexionado) y por tanto no hay aquien creèr en razon de la amencia, como que los Teſtigos que la deponen no merecen feè, por ſer aſumpto que nó les es facultativo juzgar eſtando fuera de la esfera de ſu conocimiento.

(65) *Idem Zachias L. 2. tit. 1. quæſt. 1 num. 1. 2. 3. Sac. Rot. in noviſim. decis. 107. part. 2. & decis. 620 num. 3. part. 1. Leg. ſemel. Cod. de remilitari Farinacius Prax. crim. part. 2. L. 3. tom. 1. quæſt. 94. num. 42. Alexander conc. 86. num. 5. in fine Lib. 2. Maſcardus de probationibus Conclus. 1034. num. 10 Volumen. 2.*

La

94 La queſtion de ſi los dormientes, ò noctambulos puedan contraher, ò delinquir no es del caſo (66) porque Don Nicolas de Ribera no ſoñò el Teſtamento nuncupativo, quando dictò ſus clauſulas, y reſpondiò à las preguntas del Licenziado Correa. Lo que ſe le atribuye es que padeciò un letargo, ò Comas ſonnolento, que le ſacó de ſu acuerdo privandole la razon.

95 No es poſible apartarſe del Medico legal porque conviene con ſus miſmas Doctrinas vindicar el juicio de Don Nicolas. (67) Tres eſpecies de ſueños propone, y difine. Letargo, Comas, y Caros. Todos los actos que exercen qualeſquiera de eſtos ſoñolientos (dice) que ſe preſumen irritos, y nulos; deponiendo los Medicos que adolecìa y muriò el Teſtador de eſſe genero de mal. *Vnde quotieſcumque Medici qui de ſpecie infirmitatis deponere debent, ex qua quis laboraverit, vel ex qua tandem obierit, afirment eam fuiſſe ex harum genere quos commemorabimus, letargum ſcilicet, vel Carum vel Coma, actus omnes qui in tali ægritudine geſti preſumerentur, irriti ac nuli abſque dubio judicandi.* El Oficial Real ſolicita las palabras *actus omnes* pero omite las que le preceden *Vnde quotieſcumque Medici deponere debent* que ſon la taxativa que nos aprovecha. Los que declaren que el accidente del Teſtador es Letargo, Comas, ò Caros hande ſer preciſamente Medicos por correſponder à ſu facultad el conocimiento de eſtos Sueños, y aunque ſe proponen reglas para diſtinguir unos de otros, eſtas ſirven para las depoſiciones que por ſu inteligencia hacen los miſmos Peritos, ſin las quales es muy facil errar el concepto de la Enfermedad. *Vt autem uberius Juriſconſultis ſatisfiat utque Medicorum depoſitiones ſi*

(66) *Videndus Zachias lib. 2. tit. 1. quæſt. 12. cum Covarrubias, & Menochio quos citat & ſequitur.*

(67) *Zachias proximé laudatus quæſt. 13. num. 5. 10. 11. & 12.*

quando cassus contingat facilius assequi posint quid quisque ex hijs morbis sit quos commemorabimus breviter exponamus.

96 Quando se permita la Hipothesi que D. Nicolas adolecieſſe de algun ſueño. Eſte no ſeria Letargo, Caros, ò Comas ſonnolento, porque ni tenia inexpugnable neceſidad de dormir con Fiebre continua, ni yacia como muerto teniendo ſolo ſalva la reſpiracion: Si ſolo el comas Vigil que es cierta propenſion al ſueño con la qual los que lo padecen facilmente ſe traſponen, y con la miſma facilidad deſpiertan manteniendoſe un tanto en Vigilia. Los Teſtigos que recomienda el Oficial Real aſsi lo dan á entender, pues todos convienen en que remeciendole recordaba, y yà deſpierto reſpondia à las preguntas que le hacian: y eſto concuerda con lo que dixo al Numero 3. de ſu Manuſcrito. La naturaleza de eſte ſueño Comas Vigil es tal que no irrita los actos que en él ſe celebran, por quedar libre la razon, y conſiderarſe que el accidente depende de algunos vapores que vence la miſma naturaleza dexando cabal la mente *In his vero procul omni dubio ratio minus læſſa apparet* (dice Zachias hablando de eſte ſueño) *tamen quando in eo ſimptomate perſiſtunt non minus ac dormientes judicandi, ſed in his illud locum habere poteſt, quod ſi quem actum gererent, quem quilibet ſanæ mentis faceret irritus eſſe non deberet. & ratio eſt quia interdum natura valida vi ac impetu quodam excitato turpidis vaporibus á rationis ſede turbatis ſanitati mentem reſtituit vel ſaltem intervalla dilucida concedit.* Aun de los Letargicos, y Comatoſos ſi exercen algunos actos proprios de Hombres que eſtan en ſu ſano juicio ſe preſu-

ſumen validos. *Quod ſi id conſtet nempe infirmum lethargicum aut comatoſum ante mortem prudentes quoſdam actus feciſſe, quales ſani homines faciunt locum quidem haberet, hic conjectura provaliditate eorum actuum.* Que acto mas juicioſo, y de hombre mas ſano de razon puede ſer que ordenar ſu ultima diſpoſicion en el modo y forma que denota el Teſtamento nuncupativo? Luego no ſe le puede aplicar el titulo de amente à Don Nicolas para deſtruirlo por eſſe Capitulo.

97 Entre los Puntos mas obſcuros que reconocen los AA. tiene lugar el de la invalidacion de los Teſtamentos por amencia del Teſtador. La elevada Purpura (harto repetida en eſta defenza) dice (68) que es queſtion involuta, no porque ofrezca alguna antinomia de Leyes que haga dudoſa ſu inteligencia ſinó por la variedad de los que la tratan. Aſsi mas le parece que conſiſte *in facto que in jure*, pendiendo todo de la diverſidad de caſos, y ſu aplicacion.

(68) *Card. Luca loco ſupra citato de teſtam. Diſcurs.* 38. *num.* 2.

98 El primero que refiere es quando la amencia no es firme y declarada; y ſe pretende deducir por palabras, hechos, ò ſeñales que no convienen al hombre ſano. En eſte caſo la regla es que el acto ſe tiene por valido, y el que alega defecto en la mente, como que tiene contra ſi la preſumpcion de derecho debe probarlo peremptoriamente por unos hechos univocos que concluyan, y no baſtan los leves, y equivocos, pues para diſponer extrajudicialmente de ſus coſas no ſe requiere perfecta prudencia, ſinò que es ſuficiente que no intervenga poſitiva demencia; mucho mas quando á la preſumpcion de derecho le acompaña la aſſercion del Eſcribano y lo bien or-

denado de la disposicion (69) *Primus igitur casus est ubi amentiæ status non est adhuc firmatus, illa vero ex verbis & factis vel signis Viro sano non convenientibus deduci pretenditur. & tunc regula est pro validitate actus ideoque alleganti mentis infirmitatem; tanquam habenti contra se presumptionem juris incumbit onus probandi id concludenter per actus univocos qui amentiam, concludant ideoque non suficiunt leves ác equivoci, quoniam ad extrajudicialem rei suæ dispositionem non requiritur perfecta prudentia; sed suficit ut non adsit positiva dementia; quamvis alliàs Ingenij hebetudo vel crasities adesset. Fortius vero ubi cum dicta Iuris presumptione concurrerent assertio notarij, beneque ordinata series disponentis.* Del mismo sentir son Carena, Burato, y Durando, aun quando del disponénte se diga que huviesse sido en otro tiempo amente, si al menos se le interrumpia, y tenia lucidos intervalos, los actos hechos en aquèl estado se juzgan validos, y en siendo prudentes, y bien ordenados se presumen siempre como produciones del bueno, y sano. *Si enim ea est prudens ac bene ordinata, tum presumptio est ut facta sit tempore salutis.*

(69) *Carena resolut. 171. num. 2. & seq. & per Rot. decis 566. part. 1. divers. decis. 233. ex num. 18 part. 7. Resenco ram Burato decis. 356. Durando decis 178. decis. 265. part. 9 apud Celsum. Decis 166.*

99 La Amencia de Don Nicolas no se hà probado en modo correspondiente. Faltan los actos univocos que concluyan el intento, pues no se le oyeron algunas expresiones menos arregladas que iniciasen desconcierto en su razon, ni los Testigos la dàn en esta parte, porque aunque alguno de ellos lo infiere por haver declarado el Testador que no debia cosa alguna siendo deudor à sus Operarios y Sirvientes; esto viene de no haver considerado la claususula del mismo Testamento

en que expressa que se ajuste la quenta con sus Mayordomos; y se les pague lo que se les debiere. De Jacobo Saxesio se ha dicho que estando para morir tenia siempre al Diablo en sus labios todo era entrar en conversaciones indecentes, y hacia otros actos no proprios de quien parece està en su juicio, pero como la amencia corre por otros principios, nunca se le considerò tal para invalidar su ultima voluntad. Veașe pues como à Don Nicolas se le quiere honrar á fuerza con demencia, no haviendo dado el mas leve merito para ello. Quanto se diga contra el Testador apenas podrà importar por unos indicios leves y equivocos los que no destruyen extrajudiciales disposiciones. Don Nicolas tiene à su favor la presumpcion de derecho de haver estado en su acuerdo. Con esta conviene lo que declara el Licenziado Correa. Verificase de la disposicion el *bene ordinata series.* Los Sueños antes se há fundado que en nada ofenden su tenor; assi legitimamente se convence el valor del segundo Testamento paraque quede firme la regla del Eminentissimo Luca.

100 El otro extremo de la resistencia de D. Nicolas conque se malquista su deliberado animo cerca del Testamento nuncupativo aun es mas despreciable, que el de la figuracion de los Sueños. Los Testigos que deponen esta resistencia diciendo que el Testador aveces expressaba que ya tenia hecha su disposicion, que si lo querian matar. Que por varias ocasiones repugnò testar bolviendo la espalda al concurso, y ultimamente que lo executò por importunarlo su Compadre Blas Gallo, y haverse empeñado el Licenziado Correa; son aquellos Individuos de quienes en diversas partes de esta defenza se hà hablado con el desprecio que

merecen, asi por perjurarse en sus dichos (los que los hace indignos de toda feè) como por haver declarado ante el Escribano Valdivieso que se interesaba en la subsistencia del primer Testamento é invalidacion del segundo. Y ser gente de baxa extraccion Compadres Familiares, y Dependientes del Heredero Don Juan de Ribera, que no pensaban mas que en darle gusto, por cuyo motivo antes, y despues de jurar entraban en su Casa; al principio para instruirse en el modo conque lo debian hacer, y al fin para participarle sus declaraciones.

101 Ahora conviene no silenciar una reflexion de la mayor congruencia para este intento. Todos estos Testigos que declaran contra el segundo Testamento por sus mismos dichos manifiestan una inverisimilitud que les desautoriza mas su credito. Ninguno se hà atrevido á decir que se le estimulò ni persuadiò importunamente para que assistiese à autorizarlo con su firma, sino que voluntariamente todos concurrieron. Si asi fuè como subscriben un Testamento que conocen por una parte que el Testador no està en su acuerdo; y por otra que aquella voluntad no es disposicion de su mente, sino arbitrio de la sugestion? Es pues desde luego inverisimil que sin apremios, ni otros motivos impelentes concurriessen à solemnizar un Testamento que no fuesse perfecto en razon de voluntad; por lo que toda la repugnancia que han propuesto debe entenderse diligencia de su Patrono, y Confederados á que fueron inducidos cargando sobre si el reato de su error.

102 Quando no huviesse á favor de la ultima voluntad otra prueba que la atestacion del Licenziado D. Pablo Correa, seria bastante para contrar-

restar

restar todo el golpe de su contradiccion. El Licenziado Correa es un Eclesiastico tan recomendado por su caracter, como por sus procedimientos. Christiandad, y arreglo de conducta. Fuè el Ministro que confesò y sacramentò al Testador la mañana que dispuso su Testamento. Declara este Testigo á foxas 71 Quaderno 3. que saliendose de la vivienda del Enfermo le dixo *que para donde iba si en su presencia se havia de hacer el Testamento.* El Cardenal de Luca pondera la presumpcion que asiste à los Sacerdotes singularmente à los Confessores de notoria probidad pues no hay personas mas aproposito para explicar la voluntad de los Testadores (70) principalmente quando no solicitan derechos algunos en Herencia, y quando està dubia, y obscura: ningunos mas idoneos para declararla, y interpretarla que el Consultor del Testamento, ò el Confessor aunque sean singulares como lo asientan los AA. con Mantica, y Rovito. *Fundamentum AA. cuidicta resolutio innixa est in eo quod Testator comunicata ejus intentione per organum cujusdam religiosi Sacerdotis & confessari dictæ Ducisæ sorori* :::::: *Deferendo in hoc atestationibus Notarij & Sacerdotis prædicti ut in specie de fide præstanda Sacerdoti cui Testator comunicaverat suam voluntatem cujus Ita ut Fiduciarius sit nudus minister per caius organum Testatoris voluntas explicetur, nullum jus in eadem hæreditate habens* :::::: *Sed quia in aliqua parte dubia vel obscura sit, concedatur pro inde alicui licet singulari tanquam voluntatis disponentis verisimiliter informato facultas declarandi* ::: *Idque ubi etiam per Testatorem non concedatur ex sola juris dispositione quando hoc conceditur*

(70) *Card. Luca Discurs. 46. de test. num. 4. & 8. verbo Secundo. Idem discurs. 47. num. seqq. Mantica de Conjectur. Lib. 3 tit. 1. n. 33. Rovit. super Pragmat. 2. de Nota rijs n. 20. Anneus Robertus Lib 1. rerum judicat cap. 30. verbo pro Mevio Sacerdote*

ut receptum habemus in Notario vel Escriptore vel Consultore Testamenti aut in confessario & similibus.

103 Si se intentara revocar por el dicho solo del Licenziado Correa el primer Testamento, ò hacer validos los hechos que requieren prueba de Notario y Testigos, no bastarìa aunque fuesse mas calificado, y de la mas resplandeciente Dignidad. (71) pero tratandose de un Testamento nuncupativo, que por si tiene la presumpcion, y asistencia del derecho; el mejor y mayor realce de prueba de la libre voluntad es la declaracion de un Confessor integro, y desinteresado en el mismo Testamento; mayormente quando su feè y legalidad se acompaña de otros graves adminiculos y de la verisimilitud que hace plena probanza, segun lo hà determinado la Sagrada Rota como testifica Julio Caponio en sus controversias (72) *Quando autem fuisset fides Magnatis, vel Superioris Religionis probaret sanè ut in decisionibus coram Pancirolo dixit Rota* :::::: *& licet unico testi atenta persona, qualitate & informatione negotij, ac defacto proprio deponenti fidem esse adhibendam censuerit Rota, pluries tamen inteligitur quando fides est suffulta adminiculis, & juncta verisimilitudine quia tunc probationem faceret.*

104 Quien estarìa mejor informado de la voluntad deliberada de Don Nicolas que su mismo Confessor, y que mayor verisimilitud, ni mejores adminiculos que los que favorecen la feè de su Testificacion? Que Don Nicolas instituyesse à su muger pospuesto su hermano, es verisimil, y todos los dias se vè en Maridos menos obligados, respecto de Hermanos mas acrehedores. Mucho

mas

(71) *SS. P. Benedict. XIV. de Servor. Dei beatificatione & Beatorum Canonissatione L. 3. cap. 5. n. 1. & 2.*

(72) *Julius Caponius* Controv. *forens.* 13. *n.* 14. *Merlinus. Decis.* 714 *n.* 17. *Rota decis. n.* 7. *part.* 1. *recent. & decis.* 323. *part.* 5. *Di vers. Vide Venu delium verbo Tes tis* §. 2. *n.* 3. & 14.

mas que quisiesse quitar de en medio un hecho tan difamatorio como el Testamento *in scriptis* que le havian sugerido. Sinó huviesse sido assi su voluntad, à quien mejor que al Licenziado Correa su Primo (pues este tratamiento le daba por escrito, y de palabra) huviera relevado que concurria violento á aquella disposicion para que no le vexassen en essa hora?

105 Ni se puede creér que un Varon prudente, y de conocida virtud que no solicitaba utilidad alguna de Herencia, de Legado, ò Albaceazgo permitiesse executar à Don Nicolas un Testamento que no era de su agrado, y que despues declarasse que le contaba la deliberada voluntad quando en caso de inclinarse precisamente havia de ser à su propria sangre que es lo que el Derecho presume, circunstancia que hace tambien presumpcion legal de ser voluntario el acto pues tal se supone por haverse executado presentes los Consanguineos lo que excluye toda congetura de fraude, ò miedo. (73) *Adtolendam presumptionem quod non intercesserit metus curet quis quod Testamentum fiat intervenientibus consanguineis, quia cum ad eos spes succcessuris pertineat est verisimile quod diligentius hoc videbunt.* Por tanto transciende los terminos de la mayor temeridad el poco honor que hace el Oficial Real en su manuscrito al Licenziado Correa, queriendo que toda su virtud, todo su desinterès, y arreglo lo convirtisse en su propria condenacion dedicandose en obsequio de una persona extraña, à quien no estaba obligado à complacer por el menor motivo ni respeto.

(73) *Bartholus in Leg 3. ff. siquis aliqẽ testari prohibuerit. & in Leg. transactionẽ 35. cod. de transac. Idem Bartholus in Leg. siquis in princip. 22. ff. de leg at. 3. n. 11. Lit. Q.*

106 Gran cosa es que los Jueces conoscan las Personas, y que mediante este conocimiento

pesen las calidades de los hechos, y sus circunstancias que es lo que dà la Ley en esta materia como en diversos lugares repite el citado Señor Luca (74) *Quod in his materijs sæpe à magnis præsertim Tribunalibus prodeunt resolutiones ex motivis quæ ipsismet partibus victricibus earumque advocatis ignota sunt; quia hujusmodi quæstiones sunt potius facti quam juris, ex facti qualitate ac circunstantijs prudenti arbitrio decidendæ.* Siendo publicamente conocido el Licenziado Correa por su proceder, ninguno habrà en todos los Valles que no afianze su feè, y legalidad. Y quien nada diligenciò en el Testamento para si, pues siempre ha vivido abstraido buscando à los Hombres no à sus bienes, conforme al consejo del Apostol (75) *nam quæro quæ vestra sunt sed vos;* Como habrìa de manchar su conciencia por enriquecer á la viuda de Don Nicolas. Luego añadida à la presumpcion que tiene el ultimo Testamento (76) la solida deposicion de un Testigo tan qualificado como el Licenziado Correa, no debe ni puede dudarse de que la deliberada voluntad fué el nuncupativo.

(74) *Dom. de Luca de Testam. disc. 5. num. 1. & 6. & dis. 6. n. 10.*

(75) *2. ad Corint. 12. ℣. 14.*

(76) *Leg. ante Tabulas 5. ff. de jure Codic. Leg. Divus §. 2. eodem Leg. simihi §. in legat. ff. de legat. 1. Ortega ad Covarrubias 2. part. rubricæ de testam. n. 123. Castillo Lib. 4. Controv. cap. 22. n. 68. & 69.*

107 De otro modo se convence el proprio asumpto. Los efectos han sido siempre indices de sus causas. Assi es preciso conocer la noluntad, ò deliberacion de Don Nicolas por el mismo hecho de la ordenacion del Testamento nuncupativo. Quando el Testador no huviesse querido disponer contra el primer Testamento quien en el conflicto de su enfermedad le impeliò à que lo executasse? del Licenziado Correa lo que se dice es que instò sobre que hiciesse sus disposiciones, pero no que derogase las que anteriormente huviesse hecho. Si solo por evitar el estrecho el Testador huviesse

dis-

diſpueſto bien podia haver reſpondido cathegoricamente como hemos dicho remitiendoſe à ſu primer Teſtamento de quien nadie ſabia, y por tanto à ninguno perjudicaba en ſu concepto. A proceder contra ſu voluntad era veriſimil que concluyeſſe toda la obra en un contexto muy reducido de palabras ſin extenderſe en otros diverſos aſumptos Era mas proprio que ſilenciaſſe el papel Teſtamentario que no ſe podia adivinar. Era finalmente conſiguiente ,que no lo firmaſſe rogando à otro lo hicieſſe en ſu nombre con el pretexto de ſu enfermedad.

108 El Teſtamento eſtà firmado de Don Nicolas como lo declaran todos los Teſtigos inſtrumentales. Las clauſulas fueron produccion ſuya à que concurriò el Licenziado Correa en la parte de ſu ordenacion en cumplimiento de ſu cargo, por no haverſe encontrado ſujeto mas apropoſito en aquel lance, y porque el Eſcribano Valdivieſo ſe eſcusò à la aſsiſtencia por no anular el primer Teſtamento en que era intereſado. En el acto de ordenarſe el nuncupativo ſe conteſtaron varias dependencias como las del Ganado, y Caſtellanos de Oro. Traxo á conſideracion la Fundacion del Colegio de la Compañia prorrogandola mas tiempo. Recomendò ſu papel Teſtamentario Acordòſe de ſus Parientes inſtituyendolos Herederos en aquella parte que ſu muger quiſieſſe aſignarles. Y todos eſtos hechos podràn conſtruirſe por prueba de noluntad en ocaſion tan eſtrecha en que nada menos ſe pienſa que en contemplaciones?

109 De donde ſolo debe con prudencia inferirſe que los remecimientos de Cuerpo, las bueltas de roſtro y el enfado que manifeſtaba el Teſtador, no fue otra coſa que efectos del accidente

à que regularmente concurre la memoria de la muerte, y en los hombres adustos como lo era Don Nicolas retrahè de la disposicion final aunque despues se execute por oficios de Christiandad sin que jamàs se hayan comentado semejantes desabrimientos por calificacion de resistencia é indeliberacion ni quebrantadose las voluntades por esta razon, como lo enseña Ciriaco en sus Controversias (77) *& adeo verum est ratam haberè ultimam voluntatem testatoris ut etiam si iratus aliquid disposuisset, id tamem infringi nequeat.* El Licenziado Correa en todas sus diligencias nada mas hizo que lo que todo Parrocho practica en iguales oportunidades en fuerza de su ministerio; lo que si se huviesse de reparar seria ocasion á muchos intestados. Siguense pues que el Testamento nuncupativo fuè deliberado, y por tanto carecen de aplicacion los Textos civiles Canonicos, y Dectrina de Menochio que sobre el su puesto de la resistencia fundaron la nulidad.

(77) *Ciriacus Controvers. 417 n. 118 Surdus decis 41 n. 11. Negusant quæst. 215 .n. 37 & quæst. 246. n. 16.*

PUNTO. V.

EN QUE SE PRUEBA LA LEGITIMIDAD DEL ULTIMO Testamento aunque se considere *ad interrogationem* y se expone la importancia del papel Testamentario.

110 SIGUE el Manuscrito desde el Numero 64. hasta el 80. exclusive exponiendo la question de si el Testamento *ad interrogationem* sea valido. Y despues de referir varias sentencias conviene en la comun opinion afirmativa-

tiva, à ora las preguntas se hagan por el Notario, ò por otra persona, à ora profirieſſe el nombre del Heredero; à ora reſpondieſſe que *ſi* á las preguntas que en eſta razon ſe le hicieſſe, para lo que cita al Señor Caſtillo (78) pero le añade la limitacion ſi el Teſtador no era *ſanæ mentis*, ò huvo ſoſpecha de dolo fraude, ò ſugeſtion ſegun lo enſeña el Señor Covarrubias (79) recomendando à Antonio Theſauro Flores de Mena, Fachineo, y al Señor Caſtillo ya citado (80)

111 Con el dictamen de eſtos AA. y otros que ſiguen la miſma ſentencia infiere el Oficial Real que Don Nicolas de Ribera no pudo hacer Teſtamento por que no quiſo, y porque no eſtaba en ſu acuerdo, lo que colige de la declaracion de Blas Gallo, perſuadiendo que lo que unicamente queria el Teſtador era declarar la dependencia del Ganado Cabrío, à cuyo fin mandó llamar al Licenziado Correa. Dice tambien que la ſoſpecha de fraude, y ſugeſtion es manifieſta: A eſte propoſito trahe la Doctrina de Eſcaño y Ortega (81) que proponen 19 Conjeturas para conocer quando intervienen ſugeſtiones en el Teſtamento *ad interrogationem* de las quales adapta algunas.

112 La primera; porque Don Nicolas ſi mandò llamar al Licenziado Correa, no fuè para hacer Teſtamento ſino para un mero Cobdicilo declaratorio de los dos aſumptos que le acordó Gallo, y quando dicho Licenziado le propuſo que aviſarìa à ſu Eſpoſa, y hermano no le reſpondió coſa alguna. La tercera (omitiendo la ſegunda por que no la expone el manuſcrito) porque quien preguntaba al Enfermo era el Licenziado Correa, perſona ſoſpechoſa por cuya cauſa no queria reſponder, y fuè preciſſo que Gallo tomaſſe la voz.

(78) *Dom. Caſtillo L. 4. Controv. cap. 27. ex n. 54. & Lib. 5. cap. 13.*

(79) *Dom. Covarrubias cap. cum tibi de Hæredib. inſt.*

(80) *Antonius Theſauro Lib. 2. forens. quæſt. 99. per totam Florez Diaz de Mena lib. 1. cap. 1. ex n. 44. Fachineus lib 5. controv. cap. 69. & Lib. 10. cap. 17. Dom. Caſtillo ubi ſupra.*

(81) *Eſcaño de teſtam cap. 21. ex num 14. Ortega adicion ad Covarrubias loco proxime laudato.*

La quarta porque Doña Juana Ygnacia Erquicia, no ha calificado que ſu Marido quiſieſſe teſtar, antes lo contrario pues para la formacion de la ultima voluntad ſe viò ſu repugnancia La quinta porque en el Teſtamento abierto no ſon Herederos los que por derecho de ſangre vienen á la Herencia, lo que ſe verifica en el cerrado enque ſon llamados todos los Sobrinos: Y ſobre todo concluye que eſte aſumpto de Conjeturas queda reſervado al arbitrio del Juez quien harà el juicio que correſponda en la materia lamentandoſe de no haver podido encontrar entre los AA. el punto de ſi el Teſtamento *ad interrogationem* pueda revocar otro anterior que contenga clauſula derogatoria.

RESPUESTA.

113 Bien pudiera no conteſtarſe la diſputa exagitada entre los AA. en razon del Teſtamento *ad interrogationem* porque Don Nicolas de Ribera, no ſolo reſpondia *Si* á lo que ſe le preguntaba, y otras veces referia que eſtaba bueno lo diſpueſto ſino que dictaba muchas clauſulas, conteſtaba dependencias, y trahía à conſideracion ſus obras pias ſin perder de la memoria el papel Teſtamentario. La queſtion ſe propone cerca de aquellos Teſtadores que ſolo reſponden con el verbo *Sic* por no permitirles otra coſa el accidente que padecen; pero quando preguntados nombran *ore proprio* al Heredero, diciendo que quieren ſea Pedro ò Pablo (82) entonces nadie duda que la inſtitucion es firme, y la diſpoſicion valida.

(82) *Antonius Gabriel Lib. 4. recept. Sent. tit. de teſtam. concluſ. 2. n 6. Menochius de præſumpt. Lib. 4 præſumpt. 8. num 37. Gaſpar Ant Theſaur. Lib. 2. quæſt. forens. quæſt. 99. n. 11. Polidorus Ripa de actis in art. mort. cap. 61. n. 22.*

114 Aun quando el Teſtamento nuncupativo huvieſſe ſido *ad interrogationem* con la confeſsion del Oficial Real parece importuno referir

las

las authoridades intrinsecas, y extrinsecas que protegen su valor; bastando decir que raro es el Autor de Consejos, Decisiones, y Tratados que no se haga cargo de la question. Escaño cita (83) sesenta y seis de muy distinguida nota, funda solidamente la opinion con textos expressos y satisface los argumentos de los contrarios, pues lo mismo es que el Testador responda *Si* quando le preguntan, que si nombrase al Heredero por su proprio nombre. A exemplo de las Estipulaciones en las que solo con decir *Spondeo* se entiende congruente la respuesta, y el contrato perfecto (84) *Nam si hoc solum respondeas promito, breviter videris in eamdem diem vel conditionem spopondisse* :::::: *Siquidem promissor simpliciter respondeat dare spondeo propter omnes tenetur.*

115 El Eminentissimo Cardenal de Luca con aquel peso, y solidèz que trata sus materias (85) pone una distincion con la qual se concilian todas las opiniones. O se le pregunta al Testador por un Notario, ó otra Persona con palabras sugestivas ex *abrupto*, y sin preceder alguna preparacion, y comunicacion de su voluntad; ò despues de comunicada esta, y cerciorados de la inclinacion se estiende el Testamento conforme à su animo se le reconviene sobre su contexto; y entonces del modo posible explica su anuencia. En el primer caso el Testamento es nulo, porque se presume que la gravedad del accidente, y el fastidio que ocasionan las preguntas, pueden incitar à responder sin penetrar lo que se profiere. En el segundo es valido y por su thenor se revoca qualesquierá otro antecedente y solemne. La ultima voluntad de Don Nicolas de Ribera no fuè disposicion ex *abrupto* que se logrò con palabras sugest-

(83) *Escaño de Test. cap.20.ex n.12.*

(84) *Leg. si defensor. 10. §. qui interrogatus ff. de interrogat. actionib §. præterea Institutæ de innutilibus stipulationibus.*

(85) *Card. de Luca discurs. 39. de testam. supra relat. n. 16.*

gestivas que le obligassen á responder sin penetrar lo que decia, sino muy tratada con su Confessor y bien entendida y aprobada con las respuestas acordes al tiempo de su formacion: con su ratificacion quando se le leyò concluida; y con su firma que fuè el ultimo complemento conque aun permitido, y no concedido *ad interrogationem* necessariamente se le háde confessar su subsistencia.

116 La limitacion que se propone en el manuscrito, y se authoriza con la doctrina del Señor Covarrubias, Thesauro, y los demàs que se recogen en las citas 78. 79. 80. y 81. de los Numeros 110. 111. y 112. de antemano queda satisfecha en los Puntos antecedentes donde se convenciò peremptoriamente que el Testador estaba en su acuerdo; tuvo desseo de ordenar su ultima voluntad, que lo manifestò por los efectos consiguientes, y que asimismo no padeció sugestiones algunas en aquel acto. Por esso se omite la respuesta en este Lugar desseando evitar la nota de molestia.

117 En razon de las Conjeturas de fraude, y sugestion que mencionan Escaño, y Ortega se repara un error en el Numero, y alguna estrañeza en su aplicacion. No son 19. las que numera Escaño sino veinte, que concluyen en el numero 48. del Capitulo citado. La primera supone que Don Nicolas solo mandò llamar al Licenziado Correa, para un mero Cobdicilo declaratorio de los dos asumptos que le acordò Gallo. Ya se hà referido la declaracion de este Presbitero, y por ella consta todo lo contrario pues expressa que saliendose de la pieza del Enfermo, lo llamò diciendole que no se fuesse porque queria ordenar su Testamento en su presencia. Tambien se hà fundado que esta deposicion por lo recomen-

mendable del teſtigo merece todo aprecio, y por el contrario las de Gallo, y ſus Compañeros que ſon indignas de credito por perjuros, torpes, y dependientes del Heredero inſtituido en el primer Teſtamento. Yá eſte aſumpto vienen todas aquellas reflexiones que ſe han hecho ſobre las declaraciones del Teſtador, lo extenſſo de ſu diſpoſicion, y la revelacion de aſumptos ocultos que nadie podia penetrar, pues todo concurre à perſuadir que no era Cobdicilo el que intentaba diſponer Don Nicolas ſinò Teſtamento enforma como el que otorgò, y aſsi queda fuera del caſo eſta conjetura.

118 La que ſe numera tercera en el manuſcrito perſuade que el Licenziado Correa, era perſona ſoſpechoſa para el Enfermo por cuya cauſa no queria reſponder quando le preguntaba, y fuè neceſſario que Gallo tomaſe la voz. Eſta nota de ſoſpecha es un exceſo de voluntariedad, pues no puede ſin temeridad aplicarſe aun Ecleſiaſtico de las circunſtancias del que ſe ſindica. En caſo de ſer ſoſpechoſo lo ſeria para Doña Juana Ygnacia Herquicia, por la relacion de perentezco que tenia con los Riberas, à cuyo favor havia de propender naturalmente, y de otro modo todo Sacerdote ſe haria ſoſpechoſo para los Parientes del Enfermo, ſi de aquellos auxilios que le miniſtraſe reſultara por acaſo la exheredacion de los ſuyos.

119 Reconocidos los AA. ſe halla que en los Teſtamentos *ad interrogationem* aunque el que pregunta ſea perſona ſoſpechoſa con todo es valida la diſpoſicion, porque en el arbitrio del Teſtador eſtà reſponder, ò nó à lo que ſe le pregunta. Alciato (86) enſeña que el Teſtamento ordenado por preguntas de la muger al Marido diciendo eſta primero las palabras, y luego aquel re-

(86) *Alciatus* ℞. 534 *Menochius concil* 45. *n.* 7. *Burſatus concil.* 47. *n.* 27. *Surdus concil* 414. *n.* 58. *Gomez de Leon deciſ. Hiſpal.* 57. *n.* 1. & 4.

repitiendolas es valido. *Testamentum conditum à Marito interrogante uxore quæ se Hæredem fieri curaverat, & quæ voluntatem Testatoris ita esse scripserit, dicebat, que: Marite me dic ut ego dicam, & singula verba uxor recitabat & vir ille repetebat validum esse*: De que resulta que aun decorando al Licenziado Correa, de sospechoso, que jamàs pudiera ser como la muger respecto de un Marido, con esse pretexto el Testamento no se irrita.

120 La quarta conjetura se dirige á que Doña Juana Ygnacia no hà probado que su Marido quisiesse testar haviendo sido manifiesta su repugnancia. Cerca de esta conjetura demàs de lo que queda fundado se ofrece lo primero que si el Testador no huviesse querido seriamente disponer, sino hacer un Testamento, como se explica Ciriaco (87) á manera de Campana ò Pandèro que nada dixese aunque sonasse, ó como una Caña Hueca. *Ita vocat Testamentum, in quo non fit mentio specialis: dare illis arundinem vacuam: & postea est veluti Simbalum tinniens dans sine mente somnum.* Con haver declarado las Dependencias de Gallo, y Vbillus, ò dispuesto todo à favor de su Viuda, daria el mejor indice de la sugestion, pero disponer de tantas obras pias, legar à sus Parientes, mandar que se restituyessen unas Cabras à Doña Eugenia Campo Rozillo con tan buen methodo y claridad, es prueba de un acto perfecto en razon de voluntad, y condescendencia.

(87) *Ciriacus Controv. 360.n.46.*

121 Lo segundo: que la voluntad de Testar no se requiere con precedencia al acto, basta que se delibere al mismo tiempo de ordenar el Testamento. Y de este sentir son Alexandro, Soci-

no

no el mayor, Menochio, Fachineo, Tuſco, Theſauro, Caſtillo, y Cancerio, (88) Entre las ampliaciones que refiere Eſcaño. (89) paraque valgan los Teſtamentos *ad interrogationem* eſtà contenida la voluntad declarada en el acto de Teſtar *Ampliatur* 3. dice. *Etiam ſi non conſtet Teſtatorem teſtari voluiſſe, & etiam ſi Notarius rogatus non fuiſſet à Teſtatore, nihil enim refert an tunc vel prius deliberaverit teſtari ex quo in ſua poteſtate fuerat recuſare vel aprobare hæredis nomen.* Por eſſo no ſe debe cargar la conſideracion en ſi Don Nicolas de Ribera declarò en ſana ſalud que queria hacer ſu Teſtamento, ni á Doña Juana Ygnacia, le incumbe mas prueba de voluntad que la que reſulta del miſmo hecho.

122 De la quinta conjetura debe hacerſe menos aprecio pues la preſumpcion de que los Derechos naturales claman por ſu propria ſangre, y aſsi hace ſoſpecha que en el Teſtamento *ad interrogationem*, no aparezcan inſtituidos los Conſanguineos, ceſſa quando hay voluntad declarada en contrario. Tambien ſe hade conſiderar que Perſonas ſon las inſtituidas en perjuicio de los Parientes. Caſtro, Menochio, y Mieres, tratando de eſta conjetura. (90) ponen el Exemplo en los Hijos y Conſanguineos, y dan la razon porque ſiempre ſe preſume que el Teſtador quiere à los ſuyos. y aſsi ſe creè que los Hombres, no ſirven ni trabajan para los eſtraños; como elegantemente lo dixo Caſiodoro en ſus Epiſtolas (91) y Seneca en ſus controverſias.

123 La mayor conjuncion en los Hijos es un fuerte argumento paraque no ſe preſuman exheredados en contrapoſicion de un Eſtraño. Pero la

X relа-

(88) *Alexander Concil.* 33.*n.* 12. *Socinus Junior Concil.* 178.*n.* 5.& 10. *Lib.* 2. *Menochius cõcil.* 45. *n.* 33.& 34.& *præſumpt.* 8. *n.* 28. *Fachineus Lib.* 5. *controv. cap.* 69. *Tuſcus tom.* 8 *lit. T. concluſ.* 124.*n.* 18. *Theſaurus quæſt* 99.*n.* 4. *Caſtillo cap.* 27. *n.* 70. & 81. *Cancerius lib.* 1. *var. cap.* 4. *n.* 137. ℣. *his ſufrágantibus.*

(89) *Eſcaño citato cap* 20. *num.* 7.

(90) *Caſtrenſis concil.* 339. *n.* 1. *Lib.* 2. *Menochius L.* 4.*n.* 10. *præſũpt.* 12. *Mieres de Maiorat.* 1. *p. quæſt.* 25. *n.* 8.

(91) *Caſiodorus Lib.* 2 *Variar. Epiſt.* 14. *Seneca Lib.* 2 *controv.* 1.

relacion de Don Juan de Ribera no era de essa naturaleza ni Doña Juana Ygnacia debe colocarse en aquella classe. Don Nicolas de Ribera desde que se casò, le manifestò todo aquel amor y cariño, que causò los resentimientos en su Hermano D. Juan. Esta buena voluntad la declarò en el papel Testamentario en que solo tratò de complacer à su muger deseando evitar las sugestiones que havia padecido en el Testamento *in scriptis*. Fuera de la relacion del matrimonio concurre la de Sobrina de su proprio Marido. Esto hace prueba de voluntad à favor de su institucion, siendo mas verisimil que quisiesse beneficiar el Testador à su Viuda, que tanto havia querido, que à el igual le havia agradado, y que se recomendaba con el vinculo de sangre que no à su Hermano de quien vivia resentido como era publico, y notorio. De que se colige que asi por presumpcion, como por prueba positiva la institucion del Testamento nuncupativo no admite sospecha que la falsifique.

124 No se puede negar que esta materia de conjeturas es arbitraria à los Señores Jueces, pero como el arbitrio debe regularse por las Leyes y Doctrinas es preçisso prevenir que no basta una, ò otra para impugnar el Testamento *ad interrogationem*, pues raro serà el caso en que dexe de concurrir alguna, sino que son necesarias muchas. Es consejo de Escaño en el Lugar ya citado (92) *Unum tamen semper advertas quod quando Testamentum ex falsi suspitione impugnaveris, in casu quo ad interrogationem alterius sit confectum non ex una vel altera conjectura tantum Testamentum impugnes, sed ex pluribus, quia nullus feré erit casus in quo alliqua ex predictis conjecturis vel similibus non inveniatur: quim imo*

(92) *Escaño de testam citato cap. 21. n. 51.*

imo aliquæ per se solæ non suficiunt ut ex ipsis met recognoscitur, & exampliationibus in principio relatis. Luego nò ofreciendose la menor conjetura contra el Testamento nuncupativo, aunque se suponga *ad interrogationem* es claro que no se puede invalidar.

125 El proprio trabajo que impendiò el Oficial Real en solicitar Doctrinas que tratassen del Testamento *ad interrogationem*, en comparacion de otro qualesquiera anterior con clausula derogatoria, se hà interpuesto por nuestra parte, pero no encontrandose cosa terminante, se reflexiona con el mismo silencio de los DD. que la matèria no es dudosa porque la clausula derogatoria ni dà irrevocabilidad al primer Testamento, ni lo constituye en mayor perfeccion. Lo que se tiene por cierto es que el ultimo Testamento *ad interrogationem* deroga el primero solemne y perfecto (93) y asi de qualesquiera modo que se conciba el *in scriptis* de Don Nicolas de Ribera, quedò revocado por el nuncupativo de liberado y completo en todas sus partes.

126 Aunque en muchos pasages de esta defenza se hà tocado el papel Testamentario para la comprobacion de algunos asumptos verdaderamente graves, yá se proporciona hablar de su importancia. Entre nuestros AA. regnicolas, y Estrangeros es admitido el Testamento por relacion à Zedula privada; pero es menester se haga mencion de ella en la disposicion, ó ante Testigos señalando el Lugar ò persona donde existe, y entonces lo en ella dispuesto se juzga como contenido en el Testamento deferente como asienta el Señor Castillo con otros quarenta Expositores que le siguen (94) siendo precisa la circunstancia del referen-

(93) *Decius conc.* 489 *n.* 9. *Alexander concil.* 33. *n.* 11 *Lib.* 3. *Ruinus concil.* 12. *n.* 11 *Lib.* 2. *Cephalus concil.* 544. *Lib.* 4. *Surdus concil.* 414. *n.* 61. *Fachineus lib.* 5. *controv. cap.* 70. & *Peralta in Rubric de hæred. instit. num.* 81.

(94) *Dominus Castillo* 4. *controv. cap* 20. *n.* 28. *usque ad* 37. *cum in numeris prò suo more.*

ferente, y la exiſtencia del Relato en tal lugar ò Perſona por exemplo en el Guardian de San Franciſco. *Volo quod hæres meus det illud quod ſcriptum eſt in Schedula quam reliqui apud Guardianum Fratrum Minorum :::::: Dum modo de veritate Schedulæ conſtet :::::: Omnia contenta in ſcriptura privata cenſentur expreſsè diſpoſita in ipſo teſtamento referente.* De la miſma opinion ſon Matienzo, Gutierrez, Covarrubias, y Pareja (95) con otros muchos que citan. *Niſi Schedula illa ad quam fit relatio ſit indubitata, nec controvertatur an ſit ea ſcriptura ad quam ſe retulit teſtator? Certum eſt per æquipolens vel allio ſigno indubitabili :::::: Rei enim demonſtratæ fruſtra fit demonſtratio :::::: pariaque ſunt eſſe aliquid certum perſe vel per relationem ad alliud :::::: Inſtituo hæredem illum quem ſcripſi inquadam Schedula quæ eſt apud Titium :::::: Si modo conſtet eam eſſe de qua Teſtator cenſuit. Dum modo liquide conſtet illam Schedulam vel ſcripturam quæ exhibetur eſſe illam ad quam Teſtator ſe retulit; allias diſpoſitio eſſet penitus nulla ut omnes uno ore concludunt.*

(95) *Matienzo inLeg 1. tit. 4. Lib. 5. Gloſ. 16. n. 13. Gutierrez Pract lib. 2. Quæſt.41 n. 3. & 4. Covarrub. cap. cum tibi de teſtam. n. 5 Pareja tit. 1 reſolut. 3. §. 5. n. 12. & 35. & apud eos communiter DD.*

127 El Cardenal de Luca gaſta algunos diſcurſos exponiendo la miſma queſtion que denomina nuncupacion implicita, con la Theorica de Bartholo quien refiere la formula de teſtar con relacion à Zedula privada: (96) numera varios caſos y en todos ellos ſe inclina à la ſubſiſtencia de la diſpoſicion ceſſando, yà ſe vé todo motivo de ſoſpecha, y falſedad. De la miſma opinion es Eſcaño y la llama verdadera, y mas comun fundandoſe en varios Textos del Derecho, y en las Leyes Reales de Partida, Toro, y de Caſtilla con dos columnas de AA. de todas claſes que recoge

(96) *Card. Luca de teſtam. diſc. 1. 2. 3 4. 5. 6. 7. 14. & 15. Bartholus in Leg. ſi ita ſcripſeroff. de condit. & demonſtrat.*

ge (97) Encarga tambien que la Zedula estè escrita de mano del Testador, ò à lo menos firmada de su puño, pues la subscripcion es una virtual escriptura. La identidad de esta Zedula dice que puede probarse con Testigos: con la deposicion del Escribano: con Conjeturas; y finalmente por la comparacion, y cotejo de letras que es el remedio subsidiario que induce semiplena prueba adminiculada con algunas conjeturas.

128 Toda esta Doctrina procede en terminos de no haver oido los Testigos el nombre del Heredero, si no es el instrumento donde estaba contenido. El papel Testamentario declara la institucion de Heredero à favor de Doña Juana Ygnacia, y esta misma se ratificò, y publicó en el Testamento nuncupativo, de modo que ninguno de los Testigos pudo dudar de su verdad, á vista de que el Testador llegando á la herencia se explicò con la referencia à aquel papel que dexaba guardado en la Gaveta de su Escribania à beneficio de su muger. A mayor abundamiento se comprobó reconociendo su letra y firma baxo de juramento las Personas mas circunstanciadas de la Ciudad de Piura, cuya prueba se hà adminiculado con muchas conjeturas y corre à foxas 42. Quaderno 3. Y en todo el discurso de los Autos no se hà impugnado en modo alguno. Asi tiene mayor recomendacion que la Zedula privada de que tratan los DD. por la mayor intimidad, y expresion de voluntad reiterada, y quedando fundada que la ultima declarada con referencia à Zedula es valida, con mucha mas razon debe serlo el papel Testamentario todo de Letra, y puño de Don Nicolas escrito en su estilo, y sobre que no recae la menor sospecha.

(97) *Escaño de testam Cap. 18. per totum Leg. à se toto 77. ff. de hæred. instit. Leg. si ita scripsero 38. ff. de condit. & demostrat Leg. Institutio 10. de condit instit. Leg. 10. tit. 11. part. 6. Leg. 37 Tauri quæ est Ley 11 tit. 4. Lib. 5. recopil.*

PUNTO. VI.

EN QUE SE FUNDA LA REVOCACION del primer Teſtamento por el ultimo nuncupativo ſin embargo de la clauſula derogatoria con que ſe manifieſta.

129 LOS Numeros del Manuſcrito de 80, à 100. incluſive miran ſolo al examen de las clauſulas derogatoria y revocatoria que contienen ambos Teſtamentos. El Oficial Real concibe que por la del nuncupativo no quedó revocada la anterior del Eſcrito. Fundalo con la Ley Real de Partida (98) en aquellas palabras. *Fueras endeſi el Teſtador dijeſſe en el poſtrimer Teſtamento ſeñaladamente que revocaba el otro.* Dice que le baſta la regla general en la materia eſpecialmente aprobada por el Cardenal de Luca (99) que ſe reduce lo primero, à indagar el fin, ò razon porque ſe introduxo. Lo ſegundo ſi conſta de la voluntad del Teſtador que quiſo morir con la primera ò ſegunda diſpoſicion. Supone con la declaracion de Gallo que Don Nicolas de Ribera, no pretendió revocar el Teſtamento cerrado. Trae á conſideracion el motivo que tuvo el derecho para permitir clauſulas derogatorias principalmente entre los Coniuges, por no chancelarſe el matrimonio con una enfermedad de riezgo, y quedar expueſtos á muchas diſenciones ſi el Teſtamento no ſale à ſatisfaccion.

(98) *Leg. 22. tit. par tit. 6.*

(99) *Card. de Luca de Teſtam. diſc. 76 n. 7.*

130 La razon de Derecho ſe contrahe à Doña Juana Ygnacia de quien ſe expreſa que predomi-

dominaba al Marido el que recelando que à la ultima hora le havia de precisar á que la instituyesse heredera, y tal vez se exponia à hacerlo por no desagradarla; en la clausula de foxas 9. buelta Quaderno 1. se explicò diciendo *Que qualesquiera otro Testamento se havia de entender hecho por no displacer la voluntad de su muger.* Tambien se asienta que quando la especial revocacion se insertò por estilo del Notario, por malicia de aquel que la procurò, ò por otras causas agenas de la voluntad del Testador, no se atiende à ella sino que es necesaria la relacion individual segun decissiones de la Sagrada Rota sobre los discursos del Cardenal de Luca (100) La del nuncupativo se hace involuntaria, y assi mismo inserta por arbitrio del Licenziado Correa, quien la dictò à vista del Libro titulado Villalobos.

(100) *Tomo* 1. *Decis. Rotæ super discurs. Card. de Luca decis.* 16. *de Testam.*

131 Da noticia del modo conque el Licenziado Correa, supo del Testamento cerrado por haverselo confiado baxo secreto natural Blas Gallo, el qual no se observò, pues se le pasó à Don Juan Joseph Quevedo; y se infiere que por encontrarse individual revocacion en el nuncupativo subsiste el primero en el juicio de la Rota. Satisface el reparo de que Don Nicolas de Ribera, era hombre rustico, y por tanto no podia advertir la fuerza de la clausula derogatoria, poniendo diferencia entre la primera y segunda pues la una se hizo con consulta y la otra sin ella, y para mayor esfuerzo concluye con el Juramento que la ratificò, recayendo no sobre la potestad de testar sinó sobre la voluntad de cuya naturaleza es hacer firme la disposicion à menos que se haga especial mencion de èl como lo enseña Gutierrez (101) con otros muchos que son de su misma opinion.

(101) *Gutierrez de Juram confirmat. p.* 2. *Cap.* 1. *n.* 6.

RESPVESTA.

132 Haviendose convencido la interceptacion del pliego en que aparece la clausula derogatoria en el punto 2. de esta defenza desde el num. 52. hasta el 56. exclusive, solo por Hipothesi debe ventilarse la fuerza, y eficacia de semejantes clausulas. Y porque se presuma que es materia de dificil operacion insertar un pliego en un Testamento cerrado. El Cardenal de Luca despues de referir todas las cautelas de que se pueda usar para evitar qualquiera falsedad, juzga que es asumpto muy frequente suponer uno de los pliegos intermedios dexando el primero á cuya buelta se hade subscribir. *Si enim sola posibilitas* (102) *atendenda est utique ubi etiam dicta rigorosa cantela adhibita fuit, adhuc viget eadem possibilitas quoties* (*ut frequentius contingit*) *testamentum constat ex pluribus folijs, unde relicto primo folio in cuius dorso adest rogitus suponi possunt folia intermedia ideoque maiores vel minores cautelæ deserviunt solum ad augendum, vel minuendum pondus ac eficaciam adminiculorum & suspicionum, quæ de falsitate & machinatione haberentur ut supra non autem ad statuendam desuper regulam.*

(102) *Card. Luca de test. ubi supra Discurs. 2. n. 9. ℣. si enim.*

133 Poniendonos en el Punto no puede dexar de dilatarse la pluma por ser uno de aquellos mas abiertos que reconoce el Derecho y controvierten los DD.

134 Si como es nulo el Testamento *in scriptis* por defecto de solemnidades, y voluntad del Testador fuesse valido, y perfecto: por el posterior nuncupativo siempre quedaba por toda Ley

re-

revocado (103) Es verdad que en prevencion de las sugestiones y engaños, se usa de la cautela de la clausula derogatoria; que es un acto potestativo de falta de voluntad en los posteriores Testamentos. Pero el mismo que la puso puede quantas veces quisiere revocarla. Y en constando de la penitencia y revocacion queda destruida su eficacia por depender todo de la voluntad de los Testadores que no pueden imponerse Ley de que no les sea licito apartarse: *Nemo enim eam sibi potest Legem dicere, ut apriori recedere non liceat* (104) *Quamvis in primo Testamento aposita fuerit clausula derogatoria, nihilominus mutari, variari & revocari potest* :::::: *Quipe cum nemo posit sibi imponere Legem, remanet in sua libertate Testator mutandi suam dispositionem non obstante præfata clausula.*

135 Quantos modos traen los AA. para conocer la voluntad de revocar puntualmente, se verifican en el Testamento nuncupativo. Vnos asientan que basta solo hacer segundo Testamento, pues seria durissimo que sabiendo tener hecho otro anterior, è intentando revocarlo no tubiesse efecto el segundo por natural olvido de la clausula, quando à la hora de morir es muy regular olvidarse de todas las cosas, y basta la voluntad con la authoridad del Derecho. En cuya virtud solo por hacer segundo Testamento queda revocado el primero; como entre otros argumentan el Subtilissimo Fabro; y Cujacio (105) *Multo tamen liberiorem testandi facultatem habet, quisquis nulla indiget revocatione ad liberé, secure que testandum, quam qui propria cautione se constrinxit ne Testamentum mutare posit nisi hoc vel illud faciendo cum eveniat plerumque ut non*

Z faciat

(103) *Leg.* 8. 21. 22. *&* 23. *tit.* 1. *p.* 6. *Leg.* 1. 2. 11. *&* 16. *ff. de injusto rupt. Leg. hac consult. ff. Si quis autẽ cod. de Testam. cap. cum Mar. de celebrat Miss. §. posteriore Instit. de testam. & ibi omnes Instituarij.*

Gomez in Leg 3. *tauri.*

(104) *Leg. siquis* 22. *ff de Legatis* 3.

Braschius de pleno arbit. hum volunt. c. 8. *n.*6.

(105) *Cujacius observat.* 7. *per totam L.* 4. *Faber. de error. Pragm. de cadæ* 37. *error* 7 8. *&* 9. *& De cadæ* 38. *error.* 1 *&* 2. *& n.* 22. *error.* 7. *decadæ* 37.

Vinnius §. 2. *Instit. quib. mod. testam. infring. num.* 7.

faciat quod faciendum esset ad recuperandam testandi fecultatem; oblitus fortasis eorum quæ priore Testamento continebantur, aut ex longuiquitate temporis, aut propter implicationem Verborum aut denique quod frequentius est propter humanæ fragilitatis conditionem quæ mortis cogitatione perturbata minus potest plures res memoria consequi aut retinere :::::: *Quomodo enim hujus clausulæ derogatoriæ meminisse posset ijs quivis sui ipsius aut etiam Dei opt Max. eo tempore sit memor* :::::: *Ob hoc solum quod aliud testamentum postea factum est.*

136 Otros DD. pidieron la revocacion general que aqui tambien se verifica, como puede verse en Bartholo, Fabro, Misingero, y muchos Maestros que le siguen; y esta se llama comun opinion (106) *Ut iam appareat generalem quamlibet revocationem suficere nec specialem requiri, nam si nullam requiri probabimus, multo magis probatum relinquitur suficere generalem.* Algunos quieren la revocacion especial la que conciben asi. *No ostante qualesquiera Testamentos que tengan clausulas derogatorias.* O asi *No obstante qualesquiera clausulas derogatorias que hé aqui por insertas; aunque se huviessen de expressar.* O asi *No obstante qualesquiera palabras de que à ora no me acuerdo.* Y como no hay cierta formula, basta que baxo de qualesquier figura de voces se indique la penitencia, ya sean ò no especificas directas, ò indirectas, pues conociendose racionablemente la voluntad de revocar (como esta sea question de hecho) se entiende revocado el Testamento anterior inserta la clausula derogatoria.

(106) *Bartholus in Leg siquis ff. de legat 3. Misingerus § 2. Institutæ quib mod. testam. in firm. Cujacius ob serv. 7. Lib. 14 Faber. decada 38. error 1.*

137 Este es el comun sentir de los Interpretes

tes guiados del grande Bartholo, que distingue genero, Especie, é Individuo con todos los demàs y constituyen el signo yà en la oracion dominica, yà en la salutacion Angelica, ò en qualquiera otro que libremente pusiere el Testador. Y como la materia es tan copiosa de este comun dictamen aconsejan los DD. que no deben apartarse los que juzgan, y consultan. Citamos por èl una docena aunque se pudiera una Centuria; (107) no por otro fin sinò para acreditar quam comun, y sin controversia es el punto en el Derecho.

138 La clausula revocaroria del Testamento nuncupativo està plenissima, y abundante para convencer la voluntad de Don Nicolas, à fin de revocar el cerrado, y otro qualquiera. *Y por este mi Testamento* (dice) *Revoco, y anulo y doy por de ningun valor ni efecto otro qualquier Testamento, ó Testamentos, Cobdicilo, ó Cobdicilos, manda, ó mandas, que antes de este mi Testamento huviesse fecho, y otorgado assi por escrito como de palabra, aunque tengan qualesquiera clausulas derogatorias, y palabras especiales de que haya de hacer especial mencion, que de presente no tengo noticia; que todos ellos quiero que no valgan ni hagan feè en juicio, ni fuera de èl salvo este mi Testamento que al presente hago, y otorgo ante Testigos, el qual quiero que valga por mi Testamento, ó Cobdicilo*

¶

(107) *Alexander concil 134. col. penult. L. 1. concil. 7. n. 8. Lib. 4. & in leg. Sancinus. Cod. de testam. n. 5. & ad Leg. 2. de Liberis & posthum.*

Illm. Barbosa de clausulis usu frequent clausul. 43. n. 5. & in vot. decis. vot. 11 n. 6. referens sig. n. illud Ave maria & illa verba dequib. modo non recordor, & similia.

Alvaradus de conjecturata mente Defuncti Lib. 3. cap. 2. n. 33.

Dom. Castelus controv. Lib. 4. cap. 53. n. 34.

Dom. Covarrubias de testam. part. 2. rubricæ n. 58. & plurib. seqq. præcipuè n. 71. cit. 23. Ceballos comun contra comm. tomo 1. quæst. 211. n. 4. Fachineus Lib. 4. Controv. cap. 92. Gutierrez de Iuram. 2. part. cap. 1. num. 6. ℣. quod fit. Dom. Gregorius Lopez in Leg. 22. tit. 1. part. 6. glos. 2. Menchaca de sucess. Creat. Lib. 2. §. 17. & de sucess. resolut Lib. 1. §. 1. à principio & §. 2. à princ. Pater Ludovicus Molina de just. & Iur. tom. 1. tract. 2. disp. 153. num. 22. & 23. Dom. Salgado de reg. protect. 3. part. cap. 10. num. 89.

cilo, ó por mi ultima, y poſtrimera voluntad; ó en aquella via y forma que mas, y mejor haya lugar en Derecho.

139 El Señor Covarrubias con veinte y tres DD. del mayor nombre ſiente (108) por mas comun opinion que ſolo el decir no obſtante qualeſquiera Teſtamento que tenga palabras derogatorias que aqui ſe havian de repetir, y tenganſe por expreſſas, ſe llama revocacion eſpecial ſegun el eſtilo de la Curia Romana, que comprueba con otros muchos de grande authoridad; quanto mas diciendo Don Nicolas que de preſente no tenia noticia, como que no havia ſido de ſu mente la clauſula ſino ſolicitada por el Heredero, y diſpueſta por el Eſcribano Valdivieſo.

140 Haviendo dicho el Teſtador que de preſente no tenia noticia de la clauſula derogatoria; ſe le hade creer preciſamente (109) *Quid ſi Teſtator poſteriori Teſtamento afirmaverit non recordari ſe verborum clauſulæ derogatoriæ, in eamque rem jurisjurandi quoque religionem adhibuerit? placet, credendum eſſe Teſtatori etiam non jurato.* Baſtando para calificar el olvido, el tiempo de dos años y meſes que mediaron haſta la fecha de ſu fallecimiento; pues en el Derecho no lo hay determinado para eſto, y todo queda á la calificacion, y prudente arbitrio de los Jueces (110) Hipolito Marcilis llama coſa antigua la que es anterior ſolo dos años, y aun en menos tiempo por la experiencia de lo fragil que es la memoria, (111) *Nam res iſta de qua fecit relationem non eſt nova ſeu recens, ſed potius eſt antiqua ex tranſituduorum annorum ut clarum eſt inquo temporis ſpatio cadit oblivio. & etiam quandoque in minori ſpatio ut rerum Magiſtra*

(108) *Dom. Covarrubias ubi ſupra n. 61. verb. rurſus & ſeq. cum Baldo Angelo Abb. alijsque quam pluribus laudat que præcipue Navarrus in cap. ſi quando de reſcrip col. 4.*

(109) *Faber in cod. ſuo de teſtam. definit 10. Maſcardus de probat. concluſ 1127. n. 20. Guido Papa quæſt. 127. n. 4.*

(110) *Card. de Luca diſc. 64. de teſtã per totum.*

(111) *Hipolitus de Marſilis in 2. volumine Conſil. 77.*

gistra experientia docet, quoniam labilis est memoria hominum.

141 La Ley de Partida (112) hace por nuestro intento pues en aquellas palabras *señaladamente*, no requiere la textual individua especificacion de la clausula sinó la indefinida mencion en general; de cuyo sentir es su glossador el Señor Gregorio Lopez exponiendo la palabra *señaladamente*. En las Leyes de Castilla, y de Toro (113) se dice *Que nombrada é señaladamente se instituya el Heredero*: y añade Gutierrez, con authoridad de varios Regnicolas, que la palabra *señaladamente* es mas general que la *nombradamente*, y que basta para que se verifique el *señaladamente* un signo indubitable, ó una relacion à otro instrumento paraque se cumpla con la institucion de Heredero, que debe ser nominada, y señalada; y por esso vale el Testamento con relacion á Zedula cierta, è indubitable, y no es necessario decir el individuo nombre del Heredero. Luego la palabra *señaladamente* no pide revocacion individual en la Ley de Partida, sino especial. Y assi segun la Ley solo esta se requiere, como que de ella no se havian de apartar nuestros AA.

142 Aunque en los Derechos la especie se suele tomar por genero, y el Individuo por especie, por lo que la especial derogacion se puede entender individual en materia de Testamentos, se distingue el Genero, Especie, è Individuo (114) El Testamento es nombre general, y assi revocado en general, no basta si tiene clausula derogatoria; pero endiciendo aunque tenga palabras derogatorias, ò por contraseña es especial la revocacion, porque se hace mencion del Testamento,

(112) *Leg.* 22. *Tit.* 1. *part.* 6.

(113) *Leg.* 3 .*tauri Leg.* 11. *tit.*4.*Lib.*5. *recopil. Castel. Gutierrez Practic. Lib.* 2. *quæst* 41. *num.* 3.

(114) *Bartholus in Leg si quis* 22. *ff. de Legat.* 3.*n.* 10.

y su qualidad; pues especial se dice lo que es abstraydo de la generalidad como funda Dino (115) y Benincacio con varios Textos.

(115) *Dinus in Cap. quod semel de regul. Jur. lib. 6. num. 22. Benencacius in leg. 1. ff. solut.matrim. num. 6.*

143 Ay un Titulo en el Derecho de fuerza, y fuerza armada. La una es genero; la otra especie. El Credito se difiere del mutuo como la especie del genero, y ambos son nombres generales. La Plebe, y el Pueblo lo son tambien, y se distinguen como especie, y genero. Lo mismo el Don, y el regalo con causa. La Adopcion, la Abrogacion. Y como dixo el docto Arnoldo Vinnio (116) ay diferencia entre las cosas que tienen cierta determinacion por la naturaleza como el Hombre, el Caballo, y el Buey; de aquellas que no la tienen como el Fundo, y la casa: Y al modo que ay genero generalissimo, y infimo hay tambien Individuos que se dicen Especies especialissimas. Por tanto la especie no siempre se toma por el Individuo, y revocacion especial se dice la que se termina à aquella especie de Testamento que se intenta revocar, porque hay unos que no tienen clausula derogatoria, y otros que la tienen.

(116) *Vinius in §. si generaliter 22. Instit. de Legat. n. 1. 2. & 3.*

144 Otra expression aparece en el Testamento que vale por especial revocacion. *Quiero que valga,* dice Don Nicolas, *por Testamento Codicilo ó por mi ultima, y postrimera voluntad ó en aquella via, y forma que mas haya lugar en derecho:* pues por ella se descubre la enixa y eficaz voluntad de revocar el primer Testamento como lo enseña Menochio (117) *Idem esse quando Testator voluit secundum Testamentum valere omnimodo & forma quibus modis valere potest & esse especialem derogationem.* De modo que en el juicio de todos los DD.

(117) *Menochius lib. 4. præsump. 166. n. 48.*

que

que ſe han recogido el Teſtamento *in ſcriptis*, quedò revocado con la revocatoria del nuncupativo por ſer eſta baxo de diverſas conſideraciones yá general, yà eſpecial de la derogatoria que le precedia.

145 Puede tambien con fundamento decirſe que el Teſtamento nuncupativo contiene revocacion individual pues es el unico à que ſe termina la revocatoria. Si ſe exhereda el Hijo, y no hay mas que uno, ſe entiende nominadamente exheredado. (118) *Nominatim exhæredatus filius, & ita videtur. Filius meus exhæres eſto ſi modo unicus ſit.* Y ya vimos arriba con las Leyes Reales, y authoridad de Gutierrez, que la palabra *nombradamente* ſe refiere à un acto eſpecifico nominado, y deſignado con el nombre quando; por exemplo Nombrare à Ticio, ò à otro por Heredero; conque no haviendo mas que un Teſtamento que revocar que es el cerrado no ſolo debe contemplarſe eſpecifica ſino individua, y nominada la revocacion. Nombrada, ó ſeñaladamente. *Nam verbum* nombrada *ad actum ſpecificum & nomine deſignatum referunt: Hoc exemplum quando Titium nominaverit hæredem vel allium ſuo nomine.*

(118) Leg. 2. ff. de Lib & poſth. Gutierrez Practic. lib. 2. quæſt. 41. n. 3. ex Leg. 27. Tauri hodie leg. 11. tit. 4. lib. 5.

146 Reconociendo el Lugar del Cardenal de Luca en que ſe funda el Oficial Real para contradecir nueſtro tema (119) ſe halla lo primero, que la queſtion parece mas de hecho, que de Derecho. Lo ſegundo, que indagando la razon porque ſe ſuele uſar de la cautela de la derogatoria; enuncia dos; la una juſta y favorable al Teſtador que en ſana ſalud previendo ſugeſtiones al tiempo de la muerte aſegura ſu voluntad por eſſe medio. La otra ſe ſuele afectar por los

(119) Card. Luca de Teſtam. Diſc. 76

¶ Eſcri-

Escribanos ignotante el que testa lo que frequentemente acontece con las mugeres. Rusticos, ò enfermos de gravedad, y asi se le quita indirectamente la facultad de testar.

147 La derogatoria del escrito expressa *que qualquiera otro Testamento hecho à la hora de la muerte se entienda que es por no displacer á su muger*: Pero estas expresiones son notoriamente exorbitantes artificiosas, y sugestivas, colocadas solo con el fin de hacerlo irrevocable, que fuè el que llebò quien lo dispuso interesando al Escribano Valdivieso que se dice el Consultor. D. Nicolas como hombre Rustico no podia advertir lo que queria decir la clausula derogatoria; y los AA. convienen en que semejantes clausulas puestas en Testamentos de Rusticos, mugeres ò Menores son de ningun momento (120) porque no pueden penetrar su vigor, y eficacia, ni colocarlas menos que sugeridos, en cuyo caso basta solo hacer segundo Testamento con aquella revocacion regular y general *Derogatoria in Testamento Mulieris, Rustici Minoris, nullius est momenti ideoque sufficit in secundo revocatio generalis.*

148 Tambien la decision que propone el citado Cardenal ofrece mucha disparidad, por la diversidad del caso à que se terminò. Alli se refiere la especie de una muger Viuda nombrada Marcia que teniendo tres Hijos mayores desunidos todos entre si, viviendo con uno de ellos, dispuso su Testamento y los instituyó por iguales partes, insertando con èl una clausula derogatoria. Despues de tiempo estando para morir ordenó un Cobdicilo en que declaro que debia à aquel Hijo Geronimo con quien havia vivido, muchos años de alimentos, y mandò que se le pagassen con prela-

cion.

(120) *Addicionator Julij clarij Lib. 3. recept. sent. §. test tam. quæst. 99.* Paricius *concil. 10. n. 10.* Covarrubias *2. part. Rubricæ n. 71. & Ortega ibidẽ Mantica de conject. Lib. 12. tit. 8. num. 15.*

cion. De esta disposicion Cobdicilar se dixo que era sospechosa, por que el Hijo se aprovechò de la ocasion de vivir con la Madre, y valiendose de la fragilidad de su Sexo, de la hedad, y accidente pudo seducirla, y este fue el fundamento porque se le diò toda firmeza à la clausula derogatoria reparandose tambien que con el pretexto de los alimentos se queria alterar aquella igual disposicion que prudentemente se havia arbitrado à beneficio de todos los Hijos (121) *Sed quia cum eorum uno convivebat probabiliter (ut casus dedit) apud eum infirmatura & moritura unde propterea ob triplicem sexus ac ætatis & infirmitatis imbecilitatem, sive cum blanditijs, sive cum malis tractamentis seductioni subiecta erat, hinc pro inde ne dicta inæqualitas servaretur dicta cautela nimium honesta & prudens fuit. E converso autem secunda dispositio exdictis circunstantijs potius suspecta & consequenter quòd versaremur in casu regulæ potius quàm in casu limitationis.* Doña Juana Ygnacia Herquicia, si vivia con su Marido quando otorgò el Testamento nuncupativo, no se le insinuo paraque la instituyesse por Heredera ni hay Testigo que asegure tal hecho. Don Nicolas no hizo otra cosa que ratificar lo dispuesto en el papel Testamentario conque faltan aquellas circunstancias, que en el Testamento de Marcia hicieron la insubsistencia del Cobdicilo.

(121) *Idem Card. de Luca ubi supra n. 8 prope finem.*

149 Es visto que la clausula Derogatoria no fuè del conocimiento de Don Nicolas de Ribera, y el color conque se motivò ha sido artificio de sus Authores: por esso no se pueden deducir à quellas consequencias de que el Derecho se vale para admitir tales cautelas, ni mucho menos to-

carse sobre indeliberacion del Testador para la revocatoria por lo que dice Blas Gallo, pues antes se hà expuesto cerca de uno, y otro asumpto convenciendo el animo deliberado por los diversos Hechos que descubren su verisimilitud, y reprochando la deposicion de un Testigo indigno, perjuro, dependiente, y Compadre del que lo produxo. Lo que mas estrañeza causa es figurar un predominio en Doña Juana Ygnacia tal que previsto por Don Nicolas quiso asegurarse con la derogatoria dando à conocer, que no por voluntad, sino por no displacerla podia entrar en Testar á su favor.

150 A Doña Juana Ygnacia Hrquicia, no se le puede atribuyr mas que aquello mismo que debe hacer toda Muger casada en obsequio del Marido, y Govierno Economico de su Casa. Lo que jamas se habrà notado por predominio de parte de la Muger, ni subordinacion de la del Marido. El agudo Portugues Don Francisco Manuel, que dirigiò su obra à la mejor conducta de Casados previene discretamente en quanto á la justa economía deber ser el Govierno domestico de la Muger. Estevan Natem (122) tratando de los honores debidos à las Mugeres enseña que para lograr su bondad es menester permitirles dos cosas que manden, y que pidan. *Del Hombre la plaza de la Muger la casa. En fin quede asentado que el gasto ordinario conviene que se entregue à la Muger para contentarla, ocuparla, confiarla, y darla estos cuydados para desviarla de otros. Vt bonam habeas Vxorem, fac & permite hæc duo ut impetret & imperet.* Solo al Oficial Real pudo ofrecerse por acto de predominacion el modo de manejarse de la Viuda de

(122) *Carta de Guia de Casados fol. mihi* 55. & 57 *Estefanus Natē. de Justit. vulner. part.*1.*tit.*8.*cap* 10. *n.* 1. *circa finem.*

de Don Nicolas pero puesto que no fuè mas que cumplimiento de su obligacion matrimonial, deberà deponer los recèlos conque imagina sugestiva la ultima voluntad.

151 Degradar la clausula Revocatoria con el titulo de sugerida por el Licenziado Correa, y traher para ello comprobaciones de la Sagrada Rota, es olvidarse de aquellos discursos que no se esconden aun à los Escribanos que son los que methodizan las disposiciones. La accion del Licenziado Correa, fuè tan natural que nunca puede vituperarse pues vale tanto como haverle dado apuntes á un Escribano, que depone que de expresso orden del Testador formó el Testamento, y aunque lo haya hecho otro qualquiera que no fuesse el disponente, en contestandose con este, como se contestò con Don Nicolas es lo que basta segun enseña Geronimo de Palma en sus Alegaciones (123) aun hablando de una minuta escrita por el Procurador del Marido de una Testadora, cuya alegacion es muy celebre, assi por la Sentencia que sobre el caso se pronunciò, como por las grandes doctrinas en orden à las presumpciones de la voluntad.

(123) *Hieronimus de Palma allegat. 68. n. 5. 19. & 21.*

152 No es menos recomendable la decision de Don Carlos de Tapia (124) en que el Supremo Consejo de Italia determinò por la libertad de un Testamento hecho por un Marido en las Carceles, à favor de su Esposa hija de un Magistrado, por no haverse probado que el Padre de la Heredera havia interpuesto ruegos, ni persuasiones importunas antes si comunicado el Testador su voluntad, no solo con el Confessor sino con su Abogado, y Procurador.

(124) *Dom. Carolus de Tapia Marchio de Velmonte decis. 16. num. 1. usque ad 19.*

153 Este modo de manejarse los Testadores

es comun á ambos Estados de enfermedad y salud, pues en qualesquiera de ellos se entregan á Hombres sabios que arreglan sus apuntes y claúsulas segun se les há manifestado la voluntad siendo una de las mayores pruebas de la deliberacion, querer testar con semejante consejo, que es lo que previene la Ley Real de Partida; y su Glosador Gregorio Lopez, enseña que los Sabios pueden añadir clausula revocatoria de derogatoria por que esso no es propriamente añadir sino declarar: (125) *Emando que te vayas á algun home Sabio, é en la manera que él ordenare que sea fecho mi Testamento, é de partidas mis mandas que lo escribas tu asi porque tengo por bien que vala como lo el ordenare. Entonce bien valdria lo que asi fuesse fecho por mandado del Testador* :::::: *Sapiens potest addere clausulam revocatoriam derogatoriæ & quod ista opinio servatur defacto, quia non est addere sed declarare & habet pro se æquitatem.* Por comprehenderlo todo en una palabra el Sabio consultor de un Testamento aunque no puede suplir voluntad, pero si la eficacia de las clausulas constandole de ella, como lo asienta Menochio (126) con otros DD.

(125) *Leg. 11. tit. 3. partit. 6. & ibi Gregorius Lopez*

(126) *Menochius Lib. 4. præsump. 166 n. 55. cum alijs.*

134 Aora se verà si tiene algo de reparo que el Licenziado Correa, estendiesse la revocatoria del Testamento nuncupativo. El Testador comunicò con èl su voluntad despues de haverse confessado. No quiso que la disposicion se hiciesse sin su formal presencia como lo tiene declarado; en esta inteligencia cerciorado de su voluntad obrò como hombre sabio estendiendo la clausula revocatoria que permite la Ley, y para ello no fuè mucho que tuviesse à Villalobos en las manos para dirigir su thenor con mas acierto. Tam-

155 Tambien se le nota al Licenziado Correa, falta de confianza en su modo de proceder importara semejante à la de hacerlo sugestor de la disposicion nuncupativa. El desempeño para todas estas arduidades es Blas Gallo, que comprehende todos los asumptos. Dice que haviendole confiado al Licenziado Correa, la noticia del Testamento cerrado revelò el secreto pasandola à D. Juan Joseph Quevedo. Mas de lo que se hà deducido contra el Testigo, no puede ofrecerse en linea de tacha. Està calificado de falso, y perjuro; àsi nada se le debe creer; porque la deposicion es indivisible, y viciada en una parte se entiende lo mismo en todo lo demàs, principalmente quando se presenta la inverisimilitud en el mismo hecho que se refiere; pues si el Licenziado Correa, huviesse sabido del Testamento cerrado, en el nuncupativo era consiguiente que lo revocasse con mayor individualidad poniendo una clausula derogatoria tan expresiva y determinada que aun no ofreciesse motivo para questionar la subsistencia de la ultima voluntad.

156 El privilegio de Rustico que se le adaptó à Don Nicolas paraque se le dispensassen solemnidades se retuerce contra la Viuda arguyendo que su misma rusticidad le hizo no conocer la clausula revocatoria del ultimo Testamento.

157 Confesada la impericia del Testador le es innegable el privilegio que le compete, sin que pueda convertirse en odio de la disposicion, pues de esse modo ningun Rustico podria testar á causa de no conocer la naturaleza de aquel acto. Don Nicolas sabia lo que era Testamento en el modo conque lo declarò en el papel Testamentario pero nunca penetró, que importaba la clau-

ſula derogatoria, aſsi por no ſer obra de ſu produccion, como porque es la interceptada de que yà ſe ha tratado. Ygualmente en ſu ultima hora expresò que era ſu voluntad la del nuncupativo; que queria ſubſiſtieſe en toda forma; y como declarada ya por el Teſtador, el Notario, ò qualeſquiera otro bien podian eſtender las clauſulas de modo que ſurtieſſe efecto lo que ſe diſponia cómo ſe acaba de fundar. Por eſſo haciendo el Licenziado Correa, oficio de Notario eſtendiò la revocacion, que ſiendo en la ſubſtancia arbitrio de Don Nicolas en el methodo fue diſpoſicion del Conſultor.

158 Sobre el Juramento que ſele ingiriò à la clauſula derogatoria, ſe expuſo lo que convenia en el Alegato Juridico. Ahora ſe eſtiende la Doctrina en qualeſquiera de las dos Eſpecies de Aſertorio, ò Promiſorio que ſe tome. Si en la primera paraque el Juramento ſea valido debe ſer concebido en verdad, Juicio, y Juſticia, ſegun el Texto de Jeremias (127) *& jurabis vivit Dominus in veritate, in juditio, & in juſtitia*: y yà ſe há viſto que no fuè verdadera la voluntad del Teſtamento cerrado quando procediò ſugeridò el Teſtador por ſu hermano y el Eſcribano Valdivieſo. El Juramento es de tal naturaleza que toma la del acto à que ſe adhiere (128) Y aſsi ſi el Teſtamento antes de jurarſe era revocable, deſpues de jurado queda en el proprio ſer, y nada le añade á la derogatoria; luego revocandoſe por el poſterior nuncupativo el primero. Tambien el Juramento quedò revocado como ſu aſceſorio que ſigue ſu condicion.

159 Si en la ſegunda de Promiſſorio; la promeza jurada de no revocar la diſpoſicion no obli-

(127) *Ex Hieremias 4. ℣. 2. Cap. 26 de Jur. jur.*

(128) *Legis Juris Gentium 7. §. ſi paſcis car ff. de pact. leg ſiquis Inquilinos 112. in fin. ff. de Legat. 1. Leg. non dubium Cod. de Legib.*

ga

ga, y no obſtante ella puede revocarſſe, ſin incurrir en la pena de perjuro por ſer contra las buenas coſtumbres tanto civiles, como canonicas ſegun defienden graves AA. aun ſiendo el primer Teſtamento ad pias cauſas (129) *Poſſe revocari Teſtamentum juratum, etiam ad pias cauſas tamquam comunem opinionem ex plurimis antiquis & modernis DD. :::::: Perjurum non eſſe revocantem quia hoc juramentum contrarium eſt bonis moribus civilibus & Canonicis.*

160 De donde ſe concluye que no obſtante la clauſula derogatoria, el Teſtamento *in ſcriptis* ſe chanceló por la revocatoria del nuncupativo recomendable por ſus circunſtancias perfeccion y ſolemnidad.

161 Finaliza el manuſcrito refiriendo las clauſulas (del primer Teſtamento desde el Numero 101. haſta el 107.) por las diſpoſiciones piadoſas que encierran para perſuadir ſu irrevocabilidad aun contodo el thenor del ſegundo nuncupativo, recomienda la clauſula 7. y porque en ella ſe prorroga la fundacion del Colegio de la Compañia de Jeſus haſta el Año de 69. ſiendo aſsi que en el nuncupativo la prorrogacion ſolo corria haſta el de 62. Los frutos tambien del tiempo que mediaſſe para hacer la Fundacion ſe le aplican à las Sobrinas à razon de 500. peſos á cada una y en el ultimo Teſtamento ſe previene que Doña Juana Ygnacia adminiſtre como proprias las Haciendas. En el cerrado ordena el Teſtador que ſi no ſe verificaſe la fundacion del Colegio ſe funde una Capellania de 8ʒ. peſos de principal, nombrando por Patron y Capellan á Don Juan de Ribera, y por ſu falta à todos ſus deſendientes, y en el abierto manda ſe funde una Capellania de 2ʒ. pe-

(129) *Dom. Covarrubias de Teſtam. 2 part. Rubricæ n. 46. & 47. Antonius Gomez in leg. 3. tauri n. 95. & 96.*

ſos de principal y llama por Patron y Capellan à Don Buenaventura Herquicia y Quevedo, Vnas y otras clauſulas ofrecen en concepto del Oficial Real materia para exponer muchas Doctrinas de Derecho, las que dice omite por la debil ſalud de ſu Director; como tambien el punto de no haver viſto firmar algunos de los Teſtigos el Teſtamento nuncupativo, por no haverſe hallado preſentes à eſſe acto eſperando por todo ſe declare por ultima voluntad la del Teſtamento *in ſcriptis* y por nulo y de ningun valor ni efecto el poſterior nuncupativo.

RESPVESTA.

162 La Concordancia de Clauſulas de ambos Teſtamentos influyen tampoco por la preferencia de alguno, que bien pudiera omitirſe ſu memoria. Lo que conviene ſaver y no ſe niega por el colitigante (por ſer hecho que ſe ſugeta à material reconocimiento) es que ſi en el primer Teſtamento ſe deſcribe clauſula prorrogatoria à favor del Colegio de la Compañia de Jeſus, en el ſegundo ſe encuentra otra prorrogacion. Si en aquel ſe manda fundar Capellania y en èlla ſe inſtituyen Patronos y Capellanes beneficiando el Teſtador à ſus Parientes en eſte tambien ſe manifieſta otra fundacion bien que nombra el Teſtador à Don Buenaventura Herquicia, por primer Capellan ſin olvidarſe de ſu propria ſangre, como que en ſegundo lugar llama à Don Laureano Jayme, ſu Sobrino y poſteriormente á ſus Parientes; en eſta ſegunda fundacion de Capellania reſplandeze mas la voluntad de Don Nicolas de Ribera, pues reſpecto de el Capellan D. Buenaventura Herquicia, concurre la relacion no ſo-

lo

lo de Cuñado, ſino tambien de Sobrino por ſer hermano de Doña Juana Ygnacia, ſobrina aſsi miſmo de ſu proprio Marido, con quien no pudo haver contrahido Matrimonio, ſin eſpecial diſpenſa del Iluſtriſsimo Señor Don Franciſco Xavier de Luna Victoria, Obiſpo de la Santa Igleſia de Truxillo; que para el efecto la confirió. Y ſi en el Teſtamento cerrado dexa Don Nicolas ſeñalados 500. peſos á ſus Sobrinas por una ſola vez en caſo de que no ſe verifique la ereccion del Colegio de la Compañia en el abierto las inſtituye herederas al igual que ſu Viuda en aquella parte que élla les aſigne reflexionandoſe que como en eſta ultima fundacion no llama Don Nicolas al Eſcribano Valdivieſo, y al Eſcribiente Ruidiaz; tal vez eſto daria merito al reparo de no hallarſe acordes ambos Teſtamentos en la confrontacion de ſus Clauſulas.

163 Es viſto que ſi hay alguna diſonancia entre las dos diſpociciones la diferencia es tan corta que no varía ſu eſpecie ſegun el ſentir del Philoſopho *quia magis & minus intra eandem lineam non mutant ſpeciem.* Uno y otro Teſtamento encierran mandas piadoſas por eſſo à todos correſponden iguales preeminencias y ninguno puede alegar el interés de la Cauſa pia por ſer privilegio de que no ſe puede uſar contra el igualmente privilegiado (130) deſuerte que es forzoſo precindir de lo piadoſo de las voluntades Teſtamentarias reduciendoſe todo á un derecho ordinario en el qual ſe buſca la preferencia por la ultima.

164 Ni ſe puede hacer Miſterio de que alguno de los Teſtigos de la diſpoſicion nuncupativa expreſe que no la vió firmar, pues baſta que em-

(130) *Covarubias practic. cap. 7. num. 4. Gregorius Lopez in leg. 25. gloſ. 5. tit. 22. partit. 3. Fontanela deciſ. 10. Hermocilla in leg. 5. gloſ. 1. n. 4. tit. 1. part. 5. & dom. Salgado part. 1. Laberinth. cap. 7 á num. 46.*

presencia de todos se leyesse al Testador y la huviesse aprobado pasando á subscribirla. Es bien controvertido entre los AA. si sea necesaria la subscripcion del que quiere disponer nuncupativamente para su valor y firmeza. Lleban la negativa Pablo de Castro, Saliceto, Cornelio, Oldrado, Alberico, Azor, y el Especulador (131) Las leyes de Toro y recopilacion de Castilla (132) fundan la misma opinion pues Su Mageftad refiere las solemnidades que deben intervenir en los Testamentos escritos y nuncupativos y solo en los primeros pone por forma la firma del Testador. *Ordenamos y mandamos que la solemnidad de la Ley del ordenamiento del Señor Don Alonzo, que dispone quantos testigos son menester en el Testamento se entienda, y practique en el Testamento abierto que en latin es dicho nuncupativo, à hora sea entre los hijos ó descendientes legitimos á hora entre herederos extraños.* Pero en el Testamento cerrado que en latin se dice *in scriptis mandamos que intervengan à lo menos siete Testigos con un Escribano los quales hayan de firmar encima de la Escriptura del dicho Testamento ellos y el Testador.* Si la mente del Rey huviesse sido que en los Testamentos nuncupativos subscribiesse el Testador su nombre era regular que claramente lo expresase. En ambas decissiones se vè que solo hablando de los Escritos, se dice que los haya de firmar el Testador explicandose con la diccion *pero* que es adversativa *in facto & in jure*, de todo lo antecedente donde se ha tratado de la solemnidad de los nuncupativos, luego en ellos no es necesaria la firma para la solemnidad del acto.

165 A el proprio intento conspiran las Leyes de

(131) *Paulus de Castro in leg. cum antiquitas cod. de Testam Salicetus in leg. contractus calumn. 2. cod de fide Instrum Cornelius in leg. hac consult. §. ex imperfecto cod. de Testam Oldradus Albericus Azor in sũma cod. de Testam. col. 2 Speculator intit. de Instrum additione §. compendio se colum 17.*

(132) *Leg. 3. Tauri leg 2. tit. 4. lib. 5. nov. recopil.*

de partida (133) en aquellas palabras y los *nomes de los Testigos á lo menos que sean Escritos y de sus manos, ó de mano del Escribano Publico,* pero mas terminante es el Lugar de Pedro Nuñez de Avendaño, (134) que teniendo presente la Real Pragmatica de Alcalà sobre que las partes firmen los Instrumentos de su nombre pone como por regla asentada que en el Testamento cerrado debe firmar el Testador y los Testigos pero en el abierto no se requiere la subscripcion de la parte ù otro Testigo en su lugar. *Septimus cassus est (inquit) in testamento in scriptis nam debet subscribi tam apartibus quam á testibus secundum formam textus in lege 3. de Toro; in Testamento vero nuncupativo quod vulgo apellamus* abierto *non requiritur subscritio partis vel testis pro eo; nam sola voluntas testibus probata suficit secundum formam textus in lege 1. tit. de los Testamentos Lib. 5. ordinamenti nam dicta pragmatica de Alcalá requirens subscriptionem partis vel testis pro eo loquitur in contractibus & non in testamentis & si Tabelio errat in casu pragmatica punitur in partis interese, in testamentis vero si errat non ponendo integram solemnitatem punitur, ut falsarius ut in lege jubemus §. 1. cod. de testamentis & sic leges requirentes subscriptionem locum habent in testamentis in scriptis non in nuncupativis.*

(133) Leg. 111. tit. 18 part. 3. leg. 124 *eodem tit. & part. consonat. leg.* 54. *eodem tit.*

(134) *Petrus Nuñez de Avendaño de ex sequendis mã dat. Reg. cap.* 16 *n.* 20. *V.* 7. *casus*

166 De todas estas Doctrinas se infiere que si la Subscripcion del Testador no es essencial en los Testamentos nuncupativos poco importa que algun Testigo no viesse firmar à Don Nicolas de Ribera, y esta de su pererogacion la firma que los demàs instrumentales declaran haverla hechado en su precencia.

¶ Estos

167 Eſtos ſon los Derechos de Doña Juana Ygnacia Herquicia, ſi en ſu expoſicion ſe notaſſe algun ſilencio culpable ò exceſo de Pluma en los puntos que ſe han tocado buelva por el Director el Emperador Juſtiniano (135) para que le ſirva de diſculpa quanto aquel elevado Juicio concibiò de nueſta naturaleza. *Siquid autem in nullo enim ab errare ſeu in omnibus irreprehenſibilem ſeu immendabilem eſſe divinæ utique ſolius non autem mortalitatis eſt conſtantis ſeu roboris.* En ellos funda la Viuda la revocacion de la Sentencia y de la recta comprehencion de VS. eſpera que colocados en la balanza de ſu Juſticia logren el peſo de la razon que la incline à ſu favor teniendo preſente el concejo del Eſpiritu Santo en las parabolas de Salomon (136) *Initium viæ bonæ facere Juſtitiam accepta eſt apud Deum magis quam immolare hoſtias. Miſericordia & veritate redimitur iniquitas: & in timore Domini declinatur à malo: Abominabiles Regi qui agunt impie quoniam juſtitia firmatur ſolium.* aſsi lo ſiento Salvo &c.

(135) *Imp. Juſt. in leg. 2. cod. de Veter jure enucleando §. ſi quid autem.* 13.

(136) *Cap.* 16.

Eſtudio y Henero 31 de 1766.

Doct. Don Buenaventura Mar.